UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT

DU
CONFLIT DES CRÉANCIERS
SUR LE
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

GASTON BREUIL

AVOCAT

IMPRIMERIE FERRAN JEUNE
40-42, Rue Longue-des-Capucins, 40-42
MARSEILLE

1912

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM.

PISON, doyen honoraire.

BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé des Cours de Pandectes et de Législation Industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit civil, chargé des cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat) et de Droit civil (Capacité).

VERMOND, assesseur du doyen, professeur de Droit romain, chargé du Cours de Pandectes.

MOREAU, professeur de Droit administratif, chargé des cours de Droit Administratif approfondi et de la Législation financière.

AUDINET, professeur de Droit international, chargé d'un Cours de Droit civil.

BONNECARRÈRE, professeur de Droit commercial, chargé des cours d'Enregistrement et Notariat et de Droit maritime.

RIPERT, professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit administratif (Capacité) et des cours de Droit civil approfondi et comparé.

PERROUD, professeur de Procédure civile, chargé d'un cours de Droit civil (Capacité).

RAYNAUD, professeur d'Economie politique, chargé du cours d'Economie politique (Doctorat).

AUBRY, agrégé, chargé des Cours d'Economie politique (Licence) et d'Histoire des doctrines économiques (Doctorat).

DUMAS, agrégé, chargé des cours d'Histoire générale du Droit français (Licence) et d'Histoire du Droit public (Doctorat).

PERRINJAQUET, chargé des cours de Droit international public (Licence et Doctorat).

HAYEM, chargé du cours de Droit criminel.

JOUGLA, secrétaire.

L'Université et la Faculté n'entendent donner, par leur visa, aucune approbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT

DU
CONFLIT DES CRÉANCIERS
SUR LE
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

GASTON BREUIL

AVOCAT

ACAD.
LJGD.BAT.
BIBL.

IMPRIMERIE FERRAN JEUNE
40-42, Rue Longue-des-Capucins, 40-42
MARSEILLE

1912

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549824_0012

DU
CONFLIT DES CRÉANCIERS
SUR LE
FONDS DE COMMERCE

INTRODUCTION

Chapitre Premier

QU'EST-CE QU'UN FONDS DE COMMERCE ?

Le terme « fonds de commerce » est, de nos jours, d'un emploi si fréquent que la notion, au premier abord, parait banale. Pourtant, la réponse à la question posée reste délicate, et l'assertion de Guillaumin est toujours vraie : « Il est plus facile de comprendre que de définir ce que c'est qu'un fonds de commerce.[1] »

Ce n'est pas que cette difficulté ait découragé les efforts des auteurs. Bien au contraire, elle semble les avoir stimulés, et de si nombreuses définitions ont été proposées que le choix à effectuer entre elles devient singulièrement embarrassant.

1 Guillaumin, *Dictionnaire du commerce et des marchandises* (édition de 1837).

acquis des investigations de la doctrine ? Y verrons-nous la conclusion péremptoire d'analyses scientifiques, et, partant, lui reconnaîtrons-nous le mérite d'une vérité susceptible de s'imposer éternellement au monde des affaires, sans la nécessité d'aucune retouche ? — Ou bien, tout au contraire, dirons-nous qu'il n'y a là qu'une conception contingente, dictée par les circonstances économiques, spéciale à notre milieu et à notre époque, née d'hier à peine, en péril de mourir demain ?

Dès lors, la question ainsi posée, (et l'on ne saurait en droit la poser différemment) soulève de si multiples, de si passionnantes controverses, qu'il est de toute impossibilité d'y répondre en se contentant de recopier une brève formule. Le problème n'est pas de ceux où l'énoncé peut être immédiatement suivi, sans plus, de la sécheresse de la solution. Ici, pour l'intelligence même de cette solution, il est indispensable d'exposer le détail des raisonnements par la voie desquels on y parvient. Personne, dans la tentative de définir juridiquement le fonds de commerce, n'a pu se soustraire à cette nécessité.

Nous la subirons nous-même et n'essaierons pas d'éluder un examen quelque peu approfondi. Nous consulterons d'abord, aussi brièvement que possible, l'histoire, et nous recueillerons les enseignements que l'étude des formes anciennes de l'établissement commercial peut nous fournir ; nous présenterons ensuite la genèse de la notion moderne du fonds de commerce français, son élaboration par la doctrine, sa consécration par la loi positive et, pour finir, après avoir reçu les leçons

du droit comparé, nous jugerons la valeur en soi de cette notion et ses chances de durée, d'après les constatations faites.

* * *

L'activité commerciale est évidemment contemporaine des premiers âges,[1] surtout si l'on admet que le troc primitif peut rentrer dans la catégorie des actes de commerce. Mais le trafic rudimentaire des origines ne suppose pas nécessairement l'existence de l'établissement commercial. Et en effet, pour qu'il y ait établissement commercial, il faut d'abord que certaines personnes, au lieu de ne faire qu'accidentellement acte de commerce, se soient vouées de façon spéciale au rôle de commerçants ; et il faut de plus qu'elles se livrent à leur profession en un lieu fixe, d'une manière plus ou moins permanente.

Sans doute, ces conditions furent réunies d'assez bonne heure, et, chez les très anciens peuples orientaux, notamment chez les Juifs et chez les Egyptiens, nous pouvons avancer qu'il y eut déjà un milieu favorable à l'apparition de l'établissement commercial. Malheureusement notre vue ne peut aller distinctement jusqu'à ces lointains de l'Histoire ; nos moyens de recherche sont réduits ; et, pour ne citer qu'un exemple, faute de documents, les institutions commerciales des Phéniciens, cependant les plus actifs négociants de l'antiquité, resteront toujours pour nous, fort probablement, de l'inconnu.

1 E. Thaller, *De la place du commerce dans l'Histoire générale, Annales de droit commercial*, VI, 1892, et *Traité Élémentaire de droit commercial.*

Les textes les plus anciens pouvant nous offrir des données précises sont les actes de Warka, qui nous reportent au XXIII[e] siècle environ avant Jésus-Christ, et qui nous renseignent, ou plutôt nous fournissent quelques indications assez imparfaites, sur l'établissement commercial en droit chaldéen.

En droit chaldéen, l'établissement commercial était le plus souvent aux mains d'un esclave, qui le gérait pour compte de son maître. C'est là la première application connue d'un procédé caractéristique, que nous retrouverons chez tous les peuples anciens, notamment en Grèce et à Rome. Le Babylonien et l'Assyrien sont propriétaires d'esclaves ; si l'un d'eux possède la confiance du maître, ce dernier peut se décharger sur lui de l'administration d'une portion de son patrimoine : il lui confie pour cela un pécule. Et si cette portion de patrimoine, ce pécule, consistent en une exploitation commerciale, celle-ci va se trouver soumise à des règles particulièrement originales.

On admet que le maître, en confiant le pécule, a entendu limiter sa responsabilité aux seuls biens le composant. Cette masse de biens s'érige donc en un petit patrimoine, isolé, indépendant, autonome. D'autre part, comme l'esclave n'est qu'une chose et ne saurait revendiquer les droits que seule la personnalité confère, il s'ensuit qu'il va se trouver totalement étranger aux créances et aux dettes nées de l'exploitation. En de meilleurs termes, comme l'a dit M. Révillout[1] : « les

1 Eugène Révillout, *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, Paris, 1897, p. 143.

dettes et les créances étaient contractées, en pareil cas, « au nom du simple pécule remis à l'esclave. » Voilà donc un établissement commercial constituant une véritable universalité de droit, c'est-à-dire un ensemble comportant actif et passif propres. Mais notons-le, quel est le fondement de cette conception ? Est-ce là une notion dégagée de l'examen de l'établissement commercial lui-même ? ou bien n'est-ce pas plutôt un aspect particulier d'une théorie plus générale du droit civil des anciens : la théorie du pécule ?

Mais si, de la Chaldée, nous nous transportons en Grèce, l'indigence de documents relatifs à notre matière semblerait devoir disparaître et faire place à la profusion la plus grande. En effet, le commerce fut florissant à Athènes,[1] et c'est à lui que les Républiques grecques furent redevables en grande partie de leur prospérité. Les armateurs équipaient de véritables flottes ; le prêt à la grosse, l'assurance maritime étaient couramment pratiqués, les opérations de banque actives. Ne devons-nous pas dès lors pouvoir puiser à de nombreuses sources de précieux renseignements sur l'établissement commercial ?

En réalité, l'abondance des textes est bien loin d'être en rapport avec l'intensité du négoce, et, seuls, quelques passages de plaidoyers d'avocats athéniens valent d'être retenus. Chose curieuse, ils offrent toujours à notre attention un établissement commercial sous la forme

1 E. Caillemer, *Études sur les Antiquités juridiques d'Athènes*, 1re et 2me études : *Les Institutions commerciales d'Athènes au siècle de Démosthène, Revue critique*, XXVII, 1865, p. 50 et suiv.

servile, géré par un esclave pour compte du maître. Et c'est ainsi que, dans le plaidoyer de Démosthène pour Phormion, contre Apollodore, nous voyons que le père de ce dernier, Pasion, appartenait aux banquiers Antisthène et Archistrate ; et que Phormion lui-même avait débuté dans les affaires en qualité d'esclave-gérant.[1]

Plus démonstratif encore est un discours d'Hypéride, récemment découvert en Egypte.[2] Le mode d'exploitation par l'esclave-gérant apparait ici en plein relief. Le client d'Hypéride, homme de la campagne, simple, et d'esprit peu méfiant, s'était, au cours d'un voyage à Athènes, vivement épris d'un jeune esclave, fils d'un autre esclave nommé Midas, ce dernier gérant un fonds de parfumerie pour compte de son maître Athénogène. Or, comme ce fonds périclitait de façon fâcheuse, Athénogène imagina d'exploiter la passion du client d'Hypéride. Il lui fit signer un acte de vente, qui le rendit propriétaire à la fois et de l'esclave Midas, et de son jeune fils, et du fonds de parfumerie, cédé avec créances et dettes. Mais le passif, frauduleusement dissimulé lors de la conclusion du contrat, se révéla bientôt tel que l'acquéreur n'hésita pas à intenter contre Athénogène une action en annulation de la vente, pour cause de dol.

Nous sommes donc en mesure de constater, en droit grec, la fréquence de ces gérances serviles, à propos

1 *Plaidoyers civils de Démosthène* (traduction R. Dareste), T. II. p. 143, 144, 147, 159.

2 E. Révillout, *Bulletin de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1889, p. 8 et H. Weil, *Revue des Études Grecques*, T. V, 1892, p. 157.

desquelles, comme on l'a dit : « les anciens concrétisaient le fonds de commerce dans l'esclave qui l'exploitait. » [1] Si maintenant, de la Grèce, nous passons à Rome, nous y retrouverons, mise en œuvre plus souvent encore peut-être, la même institution juridique ; et ce sera la *merx peculiaris*, au sujet de laquelle nous possédons une documentation abondante. [2]

On sait comment, en droit romain, la théorie générale du pécule dotait d'indépendance et d'autonomie la portion de patrimoine confiée à l'esclave ou au fils de famille. Le pécule avait ses créanciers, ses débiteurs propres : *creditores peculiarii*, [3] *debitor peculii*. [4] Il constituait à un point tel une masse séparée, que certains jurisconsultes en étaient arrivés à lui reconnaître cette existence à laquelle ne pouvait prétendre l'esclave : « *Peculium simile esse homini.* [5] »

Mais le droit commercial, qui devance toujours le droit civil, et « marche en éclaireur », accentua davantage encore l'indépendance du pécule, dans l'hypothèse courante où il était composé de biens affectés au négoce. Pour ce pécule commercial, pour cette *merx peculiaris*, la conception fut poussée jusqu'à des conséquences remarquables. On s'en rend compte aisément en consi-

1 *Annales de droit commercial*, XVI, 1902, 1re partie, p. 92, Anonyme.

2 Voir notamment les textes cités par Ed. Gombeaux, p. 147 et suiv. *La Notion juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901.

3 Marcianus, Digeste, XXXIII, 8, *de peculio legato*, 18.

4 Paul, Digeste, XV, 3, *de in rem verso*, 19.

5 Marcianus, Digeste, XV, 1, 40 « *Peculium nascitur, crescit, moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini.* »

dérant cette sorte de faillite subie par l'établissement commercial, quand l'action *tributoria* était exercée. [1]

Les témoignages des textes prouvent donc surabondamment combien, dans l'antiquité, la gérance servile était chose commune. En Orient, en Grèce, à Rome, le maître a recueilli les bénéfices du commerce par l'expédient du pécule. Est-ce à dire que les anciens n'aient pas connu d'autre façon de se livrer au négoce ? Point du tout. Bien évidemment, il s'est trouvé, à ces époques et dans ces pays, des établissements commerciaux directement exploités par des hommes libres. Mais, si nous envisageons cette modalité de l'établissement commercial, un fait nous frappera vivement : le mutisme presque absolu des textes à son égard. A Rome, par exemple, les sources historiques nous indiquent bien, à côté de la *merx peculiaris*, l'existence d'entreprises libres : la *mensa*, c'est l'entreprise de banque ; la *taberna*, c'est la boutique, garnie des marchandises, *merces*, et du matériel, *instrumentum*. [2] Mais, sur la *mensa*, nous ne possédons qu'un seul texte, prévoyant l'hypothèse assez spéciale d'un legs [3] ; et le seul fragment relatif à la *taberna* [4] doit être négligé, car il a le grand tort de ne pas préciser au juste s'il concerne une boutique libre ou un pécule géré. En somme, sur l'établissement libre, à peine quelques indications, et non pas une théorie qui formerait le pendant de celle de la *merx*, que nous trouvons pourtant si nettement exposée.

1 Digeste, xiv, 4, *de tributoria actione*.

2 Scævola, Digeste, xxxiii, 7, 7 ; — Paul, Digeste, xxxiii, 7, 13.

3 Papinien, Digeste, xxi, *de legatis et fideicommissis*, 77, 16.

4 Scævola, Digeste, xx, 1, *De pignoribus et hypothecis*, 34.

Comment donc expliquer cette singulière lacune ? Pourquoi les textes sont-ils si rares et si peu prolixes ? Pourquoi, chez les auteurs, ne s'est-on pas livré à ces recherches, à ces disputes qu'a suscitées, chez les modernes, l'étude du fonds de commerce ? Pour quelle raison la notion de l'établissement commercial libre n'a-t-elle été ni approfondie, ni même effleurée, et pourquoi n'est-on pas parvenu à dégager une formule ?

On répond : la notion de notre fonds de commerce contemporain est une notion excessivement complexe. Le fonds de commerce, c'est une universalité dans la composition de laquelle rentrent des éléments disparates, hétérogènes, les uns matériels, comme les marchandises ; les autres, comme la clientèle, immatériels, et d'une essence plus subtile. Rendre compte d'une simple universalité de fait est facile, mais combien notre problème du fonds de commerce se complique et devient plus ardu. Définir la conception de droit adéquate à cet ensemble, cela suppose une méthode savante, une culture juridique raffinée, et l'on nie que ce travail ait pu être accessible aux anciens.

Ne glisse-t-on pas, en risquant cette assertion, dans une singulière erreur ? Sans doute, si l'on se borne à viser les origines premières du droit grec ou du droit romain, la raison donnée peut satisfaire l'esprit. Mais reste-t-elle sérieuse, si l'on se reporte à l'Athènes de Périclès ou à la Rome d'Auguste ? Comment alors serions-nous autorisés à rechercher la cause d'une lacune du droit dans l'incapacité des jurisconsultes ? Le droit romain n'a-t-il pas su, en d'autres matières, donner une

conclusion définitive à des débats plus périlleux, et fixé des théories que nos codes modernes n'ont pu que plagier ? Vraiment, affirmer que la notion de fonds de commerce était, à Rome, au-dessus de l'intelligence de la doctrine, c'est faire à celle-ci la plus gratuite, la plus injustifiée des injures.

En réalité, il convient de fournir du laconisme des auteurs une autre explication et c'est pourquoi cette explication nous parait devoir être moins d'ordre juridique que d'ordre économique.

Pour que le droit ait à s'occuper de l'établissement commercial, il faut que certaines conditions soient réunies. Il faut d'abord que les établissements commerciaux soient en nombre suffisant pour requérir l'attention et nécessiter un statut spécial, les commerçants constituant une classe importante de citoyens, capables d'élever la voix pour faire entendre leurs revendications. Et il faut de plus, et surtout, que l'établissement commercial rentre dans la catégorie des biens, fasse partie du patrimoine du commerçant, constitue, dans sa fortune propre, une valeur de libre disposition, dont il puisse faire, à sa guise, tel emploi qu'il jugera convenable. Alors seulement le droit privé pourra songer à s'inquiéter de l'établissement, parce que valeur patrimoniale, parce que chose dépendant d'un propriétaire.

Or, l'organisation économique des anciens suppose précisément des conditions tout inverses. En premier lieu, le commerce, aussi bien à Athènes qu'à Rome, est l'objet de la défaveur générale. L'élite le considère avec un mépris profondément choquant pour nous, les

modernes, et que nous arrivons à peine à comprendre[1]. Se livrer au commerce est, juge-t-on, tâche si dégradante que le mieux à faire est de s'en décharger sur l'esclave. De là, la multiplicité si grande des pécules. Sans doute, le Grec et le Romain atténuent quelque peu leur réprobation, quand il s'agit de certaines entreprises importantes, banque, armement, fournitures militaires, à cause des aptitudes qu'elles exigent, et de la puissance de fait qu'elles confèrent; et nous trouvons ainsi, chez les anciens déjà, cette opposition entre grand et petit commerce qui, de nos jours encore, divise le monde commercial. Mais ces grandes entreprises, outre qu'elles sont rares, ne nécessitent pas toujours un établissement commercial proprement dit et, de plus, ceux qui les dirigent ne doivent le plus souvent leur situation privilégiée qu'à leur crédit politique ou qu'à la faveur dont ils jouissent auprès du prince, de sorte que nous ne trouvons pas entre leurs mains un établissement ayant une valeur propre, et pouvant faire l'objet de contrats, par exemple d'une cession.

La boutique du seul petit commerçant libre aurait donc pu fournir l'occasion d'élaborer une théorie de l'établissement commercial. Mais ce petit commerçant, vigoureusement concurrencé d'ailleurs par la foule des esclaves-gérants, appartient à un élément social écrasé

1 Les meilleurs esprits de l'antiquité professaient à ce sujet des opinions qui paraissent aujourd'hui de sacrilèges paradoxes. Xénophon ne nous dit-il pas que « les métiers ruinent le corps et laissent l'âme sans énergie » (*Economique*, IV); Aristote, que « les métiers manuels rétrécissent le « cœur, ferment les yeux aux vues d'intérêt général. » ? (*Politique*, III, 5, VIII, 2). — Ecoutons d'autre part Cicéron : « *Opificesque omnes in sordida « arte versantur ; nec enim quidquam ingenuum potest habere officina.* »

sous l'indifférence et le dédain unanimes, et dont on se soucie fort peu. D'autre part, et ce point est capital, il n'a pas la pleine propriété de sa boutique, qui ne constitue pas, dans son patrimoine, un bien dont il puisse disposer. En Orient, à Athènes, et surtout à Rome, l'activité commerciale est en effet encerclée dans le régime corporatif[1]. Et, dès lors, une règlementation minutieuse, destinée à assurer l'exercice régulier des métiers dans l'intérêt général, vient apporter à la liberté du commerçant des restrictions nombreuses, le rive à la corporation, assure la transmission de son établissement par la voie de l'hérédité plutôt que par celle de la cession. Tel est le régime qui, pratiqué très anciennement à Rome, prit, dans le Bas-Empire, un caractère de rigidité absolue : « *Obviandum est eorum dolis qui nolunt* « *esse quod nati sunt*[2] ». Si bien que M. Levasseur a pu écrire[3] : « Le fonds commercial, formé et accru par les « profits du négoce et par les subsides du trésor public, « appartenait moins à l'homme qui l'exploitait et n'en « avait que l'usufruit, qu'à la corporation par le béné- « fice de laquelle il avait été créé et dont il ne pouvait « être détaché. » Avec une pareille organisation économique, qu'y a-t-il d'étonnant à ce qu'il ne soit venu à

1 Révillout, *Cours de Droit Egyptien, 1, l'Etat des Personnes*, Paris, 1884, p. 132 et suiv.; — L. Goldschmidt, *Universal Geschichte des Handelsrechts*; — J. P. Waltzing, *Etude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, 1895-99.

2 Novelles de Majorien, Titre VII, § 7. Voir aussi Kuhn : *Die städtische und bürgerliche Verfassung des römischen Reichs*, II, p. 203 et A. Esmein *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*, p. 18 et suiv.

3 *Histoire des classes ouvrières en France depuis la conquête de Jules César jusqu'à la Révolution*, 1, 1900, p. 49.

l'esprit d'aucun jurisconsulte de scruter la nature intime de l'établissement commercial ?

En résumé, dans les antiquités latine, grecque, orientale, nous cherchons vainement une notion analogue à celle que nos auteurs ont su mettre en lumière, à propos de notre fonds de commerce. Et, si « la conception du fonds de commerce a été entièrement étrangère aux Romains [1] » ainsi qu'aux autres peuples anciens, c'est, disons-le hardiment, que le besoin de cette conception ne s'est pas fait sentir pour eux, et que la nature de chose à laquelle on aurait pu l'appliquer n'a pas existé. Sans doute, à première vue, l'assertion a de quoi surprendre. N'y avait-il donc pas, à Rome et en Grèce, des boutiques réunissant des éléments : local, matériel, marchandises, achalandage, qui suffisent à eux seuls, aujourd'hui, pour qu'il y ait fonds de commerce ? Oui, bien évidemment. Mais était-ce assez ? et cette identité d'éléments composants doit-elle nous faire conclure à l'identité des ensembles constitués et nous conduire à affirmer qu'une même notion juridique leur correspond ? Pas le moins du monde. Car il ne suffit pas, en droit, de constater qu'une chose existe ; il faut encore classer cette chose, en déterminer la nature, et, pour cela, il est indispensable de savoir sous quel angle les ambiances juridiques ou économiques permettent de la considérer. Dans toute société, quelle qu'elle soit, il y a des individus humains ; ces individus présentent entre eux une analogie, on l'avouera, beaucoup plus grande

1 Noldecke, *Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft wahrend der Liquidation*, p. 8.

que celle qui peut permettre d'établir un rapprochement entre la boutique ancienne et notre fonds de commerce. Mais en prendra-t-on prétexte pour soutenir qu'en droit, il faut assimiler pleinement ces individus les uns aux autres, ne faire aucune différence par exemple entre l'esclave, le serf, le citoyen pourvu du bulletin de vote par le suffrage universel ? Certes non. Eh bien, en notre matière, nous sommes en présence d'une situation équivalente. Matériel et marchandises pouvaient bien composer, en Grèce, une *entheca*[1], à Rome, une *taberna* : il n'y eut jamais fonds de commerce.

Mais ne devons-nous pas, tout au moins, rencontrer la notion de fonds de commerce et le fonds de commerce lui-même dans notre ancien droit français ?

Préliminairement, au seuil de l'âge féodal, se place une longue période où il ne saurait être question d'une théorie quelconque de l'établissement commercial. Du IVe au Xe siècle, l'exercice des métiers devient singulièrement difficile et le trafic est pour ainsi dire inexistant.

Mais, à la longue, ces déplorables conditions s'étant modifiées, le commerce connut des jours meilleurs et prit un essor grandissant. Il ne nous appartient pas de suivre pas à pas sa marche ascendante à travers les siècles, jusqu'en 1789.[2] Mais notre devoir est d'observer que, pendant tout l'ancien droit, et jusqu'à la veille

1 Voir à propos de ce terme : Jules Valéry, *Maison de commerce et fonds de commerce, Annales de droit commercial*, XVI, 1902, 1re partie, p. 226, note 2.

2 Voir au sujet de cette évolution : Georges Hartmann, op. cit.

de la Révolution, le monde commercial déploya son activité sous la tutelle de principes tout spéciaux, ayant exercé sur notre matière une essentielle influence.

Tout d'abord, l'exercice des professions ne put échapper au système, à l'époque si abusivement développé, de la concession, de l'inféodation. L'individu n'a pas le droit de donner libre carrière à sa puissance de labeur : il faut que, préalablement à toute chose, il s'adresse à son seigneur, qui seul peut lui accorder, et bien entendu moyennant finance, la faveur du droit au travail. Ce droit fut, en un mot, comme tous les autres, converti en fief : « Le seigneur de la terre était considéré en « quelque sorte comme le maître des métiers. Pour « avoir le droit d'en exercer un sur la terre qui rele- « vait de lui, on lui payait une somme d'argent ou on « s'engageait à lui payer une redevance annuelle. On « achetait, comme on disait, un métier, et le seigneur « le vendait à qui voulait l'exercer. [1] »

La royauté, comme on s'en doute, n'eut garde de négliger cette source si claire de revenus. Elle aussi, dès qu'elle le put, se mit à vendre les métiers et les maîtrises et le Livre des Métiers d'Etienne Boileau nous enseigne qu'il fallait le plus souvent « acheter le métier du roi. » Ce dernier y trouvait si bien son compte, que dans les heures de crise, aux moments où le trésor était à l'étiage, il lui suffisait fréquemment, pour le relever, de créer de nouvelles lettres de maîtrise, installant, à côté des maîtres « chef d'œuvriers », des maîtres de

1 Depping, *Introduction au Livre des Métiers, documents inédits de l'Histoire de France.*

lettres, dispensés des longues épreuves exigées par les règlements. L'abus fut même parfois si flagrant, que ces titres, en dépit des avantages conférés, restèrent à maintes reprises de longues années avant de trouver preneur [1]. « Le droit exclusif d'exercer une profession, dit J. P. « Rabaut, devenait donc un titre. Les financiers ache- « taient ces privilèges par spéculation et les revendaient « avec avantage. » [2] Ces concessions, ajoutons-le, étaient personnelles, temporaires, prenant fin d'habitude à la mort du bénéficiaire. Il est aisé de comprendre combien cette organisation toute spéciale, et l'enchevêtrement de ces concessions et privilèges, étaient exclusifs de toute notion de fonds de commerce.

Dans certaines professions commerciales cependant, l'exploitant eut bien, sur son établissement, des droits qui firent de celui-ci une véritable valeur patrimoniale. Nous voulons parler des professions que l'on érigea en offices. Leur nombre fut considérable, la royauté ayant singulièrement abusé de ces improvisations d'offices, qui constituaient pour elle un providentiel *deus ex machina* fiscal. Louis XIV surtout, en quête de subsides, surpassa tous ses prédécesseurs : de 1691 à 1709, plus de quarante mille offices furent institués [3]. Or, le privi-

1 Le nombre de ces concessions devint tel qu'il y eut toujours sur la place des titres de maîtres à vendre et qui étaient offerts comme le sont aujourd'hui des valeurs de Bourse ; sous le règne d'Henri IV, on en délivrait encore qui étaient de 1558. » Hubert-Villeroux, *Les Corporations d'arts et métiers*, p. 87.

2 J. P. Rabaut, député à l'Assemblée Nationale (1789), *œuvres* publiées par Boissy d'Anglas.

3 « On inventa des contrôleurs aux empilements de bois, des charges de barbiers-perruquiers, des contrôleurs-visiteurs de beurre frais, des essayeurs de beurre salé, etc. » Voltaire, *Siècle de Louis XIV*, ch. 30.

lège était personnel, temporaire, au plus viager ; l'office, lui, était héréditaire et transmissible. Il représentait donc, dans le patrimoine, une valeur, ce qui tendrait à le rapprocher de notre fonds de commerce. Mais cette valeur, malgré tout, n'était pas une valeur de libre disposition : « Jamais, écrit M. Planiol,[1] on n'a considéré « l'office en lui-même comme la propriété absolue de « son titulaire. On distinguait entre la finance et le titre « de l'office..... La finance seule était dans le commerce. « Le titre ne dépendait pas de l'officier ou de ses héri- « tiers : il fallait en obtenir la provision du roi. » Le droit supérieur du souverain subsistait donc et régentait les mutations. Et cela suffit à établir, entre les deux théories, une différence capitale.

Mais un autre trait de l'organisation économique de l'ancien régime eut en notre matière une influence fâcheuse. Nous faisons allusion au régime corporatif dont nous avons déjà souligné les conséquences dans l'antiquité. En effet « la France reçut les corporations de la tradition romaine » [2] et le maintien chez nous de cette tradition fut d'ailleurs favorisé par les tendances du temps au groupement, à l'association [3]. Or, ce régime corporatif eut pour premier résultat une réglementation méticuleuse, l'anéantissement de la liberté du commerce. Chaque métier fut soumis à des règles propres, particulièrement strictes, et dont le but paradoxal semble

1 Marcel Planiol, *Traité Élémentaire de droit civil*, T. I, n° 2535, p. 816.

2 Renouard, *Traité des brevets d'invention*, p. 42.

3 V. Gombeaux, op. cit., p. 165 et suiv.

avoir été bien souvent d'empêcher que la prospérité de certaines entreprises ne se développât outre mesure et ne vînt rompre une égalité obligatoire entre les exerçants d'un même métier. Ainsi le nombre des ouvriers et des apprentis ne peut dépasser un chiffre fixé : « L'extrême limitation du nombre des ouvriers, dit « Jules Simon, réduisait les patrons à n'avoir qu'une « boutique, au lieu d'une manufacture. » [1] La mise en vente d'autres marchandises que celles rentrant dans la spécialité du métier est rigoureusement réprimée. [2] Les établissements doivent se cantonner dans des rues déterminées, chaque corporation se groupant dans la même artère. Les boutiques sont construites sur un type uniforme et aucune ne peut tenter d'attirer le client par une recherche originale d'installation. C'était, on le voit, un état de fait plus regrettable encore peut-être pour le commerce que celui du Bas-Empire : « Il y « a peu de différences et beaucoup d'analogies entre les « règlements du XVIII[e] siècle et ceux du XII[e] siècle, « entre ceux du XII[e] siècle et ceux des corporations « romaines sous les empereurs. Cette règlementation de « l'industrie a pu se conserver sans trop de change- « ments pendant un espace de vingt siècles, parce qu'au « lieu de prendre souci des progrès de l'activité humaine, « elle n'a jamais eu d'autre but que de sauvegarder des « intérêts égoïstes. » [3] Soumis à des prescriptions aussi

1 Jules Simon, *Le Travail*, p. 71.

2 Voir un exemple intéressant dans Levasseur, *Histoire des classes ouvrières*, T. I, p. 343.

3 Jules Simon, op. cit., p. 68.

tyranniques et aussi restrictives, on conçoit sans peine que l'établissement commercial soit resté dans l'ombre, et n'ait point requis l'attention des jurisconsultes.

D'ailleurs, les entraves corporatives faisaient obstacle d'une autre façon à ce qu'une notion de l'établissement commercial fut dégagée : elles supprimaient de façon presque absolue les occasions de contrats portant sur son ensemble, qui eussent permis d'en envisager la nature. Le despotisme des règlements de métier fit que notre ancien droit ignora presque complètement ces transmissions entre vifs qui sont la pratique courante, de nos jours. Et en effet, le commerçant ne pouvait songer à choisir à proprement parler un cessionnaire ; il ne lui était loisible que de se substituer un remplaçant,[1] qui devait acquérir le privilège du roi et se faire agréer par la corporation. Au reste, qu'aurait-il pu céder ? Le pas de porte, la « chalandise » n'avaient pas d'importance appréciable, puisque la règlementation étouffait toute concurrence. Et si, dans quelques hypothèses exceptionnelles, l'établissement changeait de mains, il s'agissait beaucoup moins alors d'une cession de fonds, que d'une « vente de marchandises ou de quelques ustensiles « confondus avec ces marchandises. D'où s'est accréditée « cette opinion, chez les jurisconsultes du XVI[e] siècle, que « le fonds consistait seulement dans les marchandises « du marchand[2] ».

Enfin n'omettons pas de signaler, qu'en dehors même des règles corporatives, les habitudes commerciales de

1 Georges Hartmann, op. cit., p. XXXV.

2 Georges Hartmann, op. cit., p. XXXVI.

l'époque s'opposaient, elles aussi, au développement des transmissions entre vifs. Les mutations d'établissements commerciaux, par la seule force de l'usage, présentaient un caractère nettement familial,[1] le fils, la veuve, le gendre, succédant au marchand qui mourait ou se retirait des affaires, et perpétuant ces lignées tenaces de commerçants que M. Valéry ne craint pas d'appeler des dynasties.

Le mode d'organisation des métiers et des maîtrises engendre d'ailleurs une autre conséquence : la corporation, personne morale, absorbe en elle l'activité individuelle de ses membres. Comme toute initiative est interdite, toute concurrence annihilée, l'établissement ne saurait prétendre acquérir de valeur en lui-même ; il ne vaut que comme cellule du grand corps de la communauté. L'augmentation indéfinie d'une clientèle propre n'est pas chose possible : c'est à la corporation elle-même qu'appartient bien plutôt la masse entière des chalands. Les négociants d'alors ignorent la lutte pour la vie commerciale ; le monopole industriel et la règlementation les transforment en confrères,et tout un ensemble de mesures a pour objet de maintenir entre eux l'équilibre de situations équivalentes. Les « jurats » ont pour mission de contrôler l'identité de qualité des marchandises offertes ; partout,l'on est certain d'être pareillement servi. Bien plus, la toute puissance de l'idée corporative est si grande, que si l'un des membres de la communauté conclut isolément, en son nom privé, un marché avan-

1 Jules Valéry, *Maison de commerce et fonds de commerce*, Annales de droit commercial, 1902, p. 233 et 234, Note 1.

tageux, les autres auront le droit de ne pas rester en dehors de ce contrat, de s'en faire céder une part, et de venir ainsi participer à ses bénéfices.[1] En un mot « le Moyen-Age concevait le travail, non comme un droit individuel et naturel, mais comme un privilège collectif[2] » et « la corporation voulait le monopole pour elle, mais « ne voulait pas qu'un de ses membres l'accaparât à son « profit et au détriment des autres.[3] » Comment donc ce commerçant de l'ancien droit aurait-il pu être à la tête d'un fonds de commerce, alors que l'on pourrait reprendre, à son propos, une phrase déjà citée de M. Levasseur, et dire que l'établissement commercial, dans l'ancienne France comme au temps du Bas-Empire, « appartenait moins à l'homme qui l'exploitait et n'en « avait que l'usufruit qu'à la corporation elle-même » ?

Or, l'on sait comment la rigueur de ce despotisme corporatif persista jusqu'à la chute de la royauté. En mainte circonstance toutefois, l'abolition en fut réclamée avec véhémence. Les cahiers des Etats Généraux de 1614 notamment émettaient déjà le vœu « qu'il fût permis « à tous marchands de faire trafic par toute l'étendue « du pays de toutes sortes de denrées et de marchandises « et à tous artisans ou autres, d'ouvrir ou faire ouvrir « toutes sortes de manufactures », et ces doléances furent renouvelées bien souvent, en pure perte. Un ministre éclairé sut pourtant les entendre, et, au cours du procès que marchands et artisans faisaient aux cor-

1 V. Depping et Fagniez, op. cit.

2 G. Fagniez, *Etudes*, p. 112 et 114.

3 Levasseur, op. cit., T. I, p. 260.

porations, Turgot, dans son Rapport de février 1776, prononça contre leur institution le plus sévère des réquisitoires. Mais sa généreuse intervention fut impuissante. Sans doute, il parvint à faire signer au roi Louis XVI l'important édit de 1776, qui proclamait la liberté du commerce et supprimait tous corps et communautés d'arts et métiers et de marchands, ainsi que toutes jurandes et maîtrises. Mais cette mesure radicale heurtait de front de si impérieux intérêts, elle mettait à la diète tant d'appétits, qu'elle n'avait, à l'époque, aucune chance d'être maintenue. Six mois à peine après sa promulgation, l'édit de 1776 dut être rapporté : les privilèges ne devaient tomber qu'en la nuit du 4 Août 1789 et la liberté du commerce et de l'industrie ne devait se voir proclamer qu'en mars 1791.

En définitive, une revue de notre ancien droit français ne nous révèle pas davantage le fonds de commerce, que l'étude des antiquités romaine, grecque, orientale. Et cette constatation nous fournit une explication toute simple de l'inexistence d'une notion juridique. Car, ici encore, l'absence d'une théorie de l'établissement commercial ne nous paraît pas être imputable au défaut d'aptitude des auteurs à en préciser les contours. Sous l'ancien régime en effet, la science du droit fut illustrée par de grands noms. Les juristes du temps ne se bornèrent pas à commenter ou à transposer le droit romain. En des matières neuves, que le Digeste n'avait ni prévues, ni pu prévoir, ils surent affirmer une valeur bien personnelle : ainsi, en droit public, précieux auxiliaires de la monarchie contre les grands vassaux et la féodalité inférieure, ils imaginèrent, pour faire triompher les

prétentions de la couronne et assurer la suprématie du pouvoir royal, mainte théorie ingénieuse [1] Si donc la nécessité s'était fait sentir d'échafauder, à propos de l'établissement commercial, une construction de droit, ils n'eussent pas été indignes de l'entreprise. Mais, à notre sens, la responsabilité de l'organisation économique doit seule être retenue. En effet, nous nous retrouvons exactement dans les mêmes conditions de fait que nous avons vu déjà être, pour empêcher la naissance du fonds de commerce, le plus sûr des avortements. Il ne manque même pas cette défaveur traditionnelle qui continue de s'attacher, sous l'ancien régime tout comme à Rome et à Athènes, au commerce et aux commerçants. [2] Qui plus est, des concessions nouvelles viennent renforcer l'énergie de ces influences contraires : telle la théorie des conceptions royales et des privilèges. Aussi ne faut-il pas nous étonner que les débats soulevés à propos de l'établissement commercial aient un champ très limité : ce n'est là que la conséquence nécessaire de l'originalité si vive des institutions économiques. Un seul problème parait avoir été envisagé : celui des garanties que le commerçant pouvait offrir au crédit. Le droit d'exercer la profession, le droit au bail, les ensembles de matériel et de marchandises, pouvaient-ils être considérés comme immeubles et devenaient-ils dès lors susceptibles d'hypothèque [3] ? En dehors de cette question spéciale,

1 Voir sur la question : A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, p. 335 et suiv.

2 Voir à ce propos Gombeaux, op. cit., p. 168 et suiv.

3 Consulter Georges Hartmann, op. cit., p. XLVIII et suiv.

nous ne trouvons rien, rien surtout qui puisse correspondre à notre notion du fonds de commerce. Et n'est-ce pas la chose du monde la plus naturelle, puisque l'établissement de l'époque n'a rien de commun avec lui ?

Mais la Révolution Française, en dehors de ses réformes politiques, devait opérer, dans l'organisation économique du pays, un bouleversement complet. Les singularités de l'ancien droit allaient être effacées. L'Assemblée Constituante, dans la nuit du 4 Août 1789, décréta l'abolition de tous les droits féodaux et de tous les privilèges. Sans doute, pendant quelque temps encore, les maîtrises subsistèrent, mais ce fut pour disparaître bientôt, elles aussi. Les lois des 2 et 17 Mars 1791 portent en effet : « Les offices de perruquiers - barbiers - « étuvistes, les droits de réception de maîtrises et juran- « des et tous les privilèges de profession, sous quelque « dénomination que ce soit, sont supprimés. A compter « du 1er Avril 1791, il sera libre à tout citoyen d'exercer « telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon, « après s'être pourvu d'une patente. » La liberté commerciale la plus large était, on le voit, instaurée. Une ère de licence absolue s'ouvrait. Chacun pouvait dorénavant, sans avoir à se prémunir d'aucune autorisation, sans être assujetti à aucune règle, s'improviser commerçant. Quelle influence devait avoir cette situation nouvelle sur le monde du commerce, et en particulier sur l'établissement commercial ?

Nous avançons hardiment que les lois de 1791 ont créé notre fonds de commerce ; que, ce faisant, leur innovation a creusé un abîme juridique entre l'établis-

sement commercial du passé et celui du présent ; et que c'est, tout simplement, la venue au monde de ce fonds de commerce qui a permis à la doctrine de fixer une notion juridique correspondante. Nous nous refusons en effet à admettre, en notre matière, une suite historique, un développement logique et continu, qui auraient provoqué chez les auteurs une évolution d'idées réfléchie. Nous nions que les conceptions admises de nos jours à propos du fonds de commerce marquent le point d'arrêt de cette évolution. L'on glisse, à notre sens, dans une erreur singulière, quand l'on prétend que le fonds contemporain a une généalogie, qu'il n'est que la descendance des établissements commerciaux antérieurs, et quand, par exemple, on essaie de le rattacher à la *merx peculiaris* par on ne sait quel lien de filiation. Il est difficile de s'illusionner davantage. A nos yeux, les lois révolutionnaires, par une solution de continuité brutale, dissocient le passé du présent, et, après 1791, fruit du déterminisme d'un état économique et d'habitudes commerciales jamais rencontrés, c'est un établissement commercial tout nouveau qui s'offre au jurisconsulte.

Et, en effet, combien il est aisé de se convaincre que la situation créée par les lois révolutionnaires est tout à fait neuve. Lors des époques précédentes, nous avons vu l'activité commerciale dominée par des principes très spéciaux, encerclée par des réglementations, tyrannisée par des gênes. Sans parler même de la modalité propre au travail servile, concessions, privilèges, régime corporatif avaient suffi pour donner à l'établissement commercial une toute particulière physionomie. Et voici maintenant, de par le changement de volonté de la loi,

que le commerçant, débarrassé des vieilles entraves, va se trouver libre, libre intégralement sans réserve aucune[1] ; libre d'entreprendre telle ou telle profession, d'aménager son exploitation à sa guise ; de la diriger à sa fantaisie, de l'étendre ou de la réduire, ou encore de la supprimer et de tenter à nouveau la fortune le lendemain dans une autre branche d'industrie. L'État, l'association ne s'immisceront en rien dans les décisions de ce libre arbitre commercial. Et l'on aperçoit immédiatement la remarquable, l'essentielle conséquence qu'un pareil état de choses doit entraîner : c'est que l'établissement commercial qui, jadis, avec le système des corporations, des privilèges, tendait naturellement à s'assimiler à l'office, et présentait ainsi un caractère public, va rentrer désormais exclusivement dans le domaine du droit privé. Le fonds de commerce (le néologisme répond à la transformation opérée) devient, dans le patrimoine du commerçant, une valeur propre, exclusivement à lui, et dont il pourra disposer arbitrairement. Il n'y a plus à se préoccuper d'un consentement supérieur quelconque : toute « la portion de biens spécialement affectés au commerce[2], » il peut, comme il veut, la céder, l'offrir en garantie, la donner en location. Pareil fait ne s'était jamais produit.

Mais alors, tout naturellement, nous allons constater que l'apparition de cet établissement commercial nouveau, de ce fonds de commerce, ne va pas laisser le

1 Sur les exceptions qui confirment la règle, voir Boutaud et Chabrol, Traité général des Fonds de Commerce et d'Industrie, 1910, pages 32 et suiv.

2 Pierre Bayart, *Etude de la notion du fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1906, p. 8.

jurisconsulte indifférent. Comment en irait-il autrement, en effet ? Par suite de la liberté commerciale et de la patrimonialité absolue du fonds, des contrats d'ensemble, vente, nantissement, vont être possibles, alors que précédemment il ne pouvait être question que de contrats de détail, portant, par exemple, sur les marchandises, sur le seul fonds de boutique. Pour permettre à la pratique d'user de ces contrats d'ensemble, il deviendra nécessaire, indispensable, de percer à jour la nature juridique interne du fonds de commerce. Et les jurisconsultes modernes songeront alors à découvrir une notion juridique, non qu'ils aient la vue plus perçante que leurs devanciers, mais parce qu'ils seront sollicités par les circonstances de donner la clef de difficultés que les anciens n'ont pas connues. En un mot, si la liberté commerciale a enfanté le fonds de commerce, l'élaboration de la théorie de droit applicable a été déterminée par la coutume de contrats portant sur son ensemble. Démontrons-le brièvement.

Le droit intermédiaire ne paraît pas s'être préoccupé du fonds de commerce nouveau-né : la doctrine est, à son sujet, muette, et la jurisprudence, peu abondante, n'a pas conscience du changement à vue qui vient de s'accomplir ; d'ailleurs, de 1789 à 1800, l'activité commerciale reste paralysée par les guerres, les secousses politiques, les émissions à jet continu d'assignats.

Mais c'est au cours du XIX^{e} siècle, à la faveur du développement général du commerce et de l'industrie, que les fonds de commerce vont prendre, dans la fortune publique, cette importance considérable qui sut forcer

la sollicitude du droit. Ce n'est pas le lieu de dessiner ici ce mouvement économique ascensionnel. Mais nous bornerons notre tâche à faire ressortir que c'est par suite de l'usage courant, favorisé par lui, des contrats d'ensemble, vente et nantissement, portant sur le fonds de commerce, que la nécessité s'est fait sentir de bâtir une théorie.

Grâce à la liberté commerciale postérieure à la réforme de 1791, le fonds de commerce est devenu, nous l'avons souligné, une valeur patrimoniale de libre disposition. Désormais, le commerçant n'est plus, par rapport à son fonds, on ne sait quel gérant, on ne sait quel usufruitier. Il est, et c'est chose éminemment différente, un propriétaire, dans toute l'acception du mot, et, tout naturellement, de ce droit de propriété, va découler à son profit le droit spécial de céder son fonds, de le vendre.

Or, les ventes de fonds de commerce se sont multipliées dès le début du XIX^e^ siècle, et leur nombre s'est sans cesse accru.[1] Voici donc une première catégorie de contrats d'ensemble portant sur le fonds de commerce. Car, bien entendu, l'on ne se contente plus de vendre seulement matériel et marchandises ; il y a maintenant, en cas de cession, transmission, en même temps que des éléments corporels, de la « propriété morale ». Désormais, c'est le fonds *in globo* qui est cédé.

Mais cette vente d'ensemble n'aurait sans doute pas fourni une suffisante occasion de préciser une conception juridique applicable à l'unité fonds de commerce. La pratique de ces cessions aurait pu mettre à l'ordre du

1 Voir Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 83.

jour des questions, certes, intéressantes : le vendeur non payé, par exemple, avait-il des garanties assez efficaces ? Les droits des créanciers de ce vendeur étaient-ils sauvegardés ? Le problème plus général de la nature interne du fonds ne se serait pas instamment posé. Et, en effet, de tous les contrats, la vente est celui qui, de tout temps, et dès les origines, fut le moins exigeant, le plus souple. Même sous la rigueur du formalisme primitif, la vente, elle, trouve une pleine force dans le pacte nu, dans le simple échange des consentements, qui, de nos jours encore, à plus forte raison, suffisent. Et cela reste vrai quel que soit l'objet du contrat, qui peut être une chose quelconque : « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu » [1].

Et c'est pour cela que, la notion fonds de commerce ayant été suscitée, selon nous, par l'usage de deux contrats d'ensemble, le rôle respectif de ces deux classes de contrats nous paraît avoir été d'importance inégale, celui du nantissement étant primordial, celui de la vente restant secondaire. En effet, la vente d'un fonds de commerce « *in globo* », parfaitement licite quant à son objet, ne soulevait aucune difficulté au point de vue de ses formes. Le consentement des parties était seul requis. Aussi la coutume de ce contrat d'ensemble aurait-elle pu, à la longue, inciter les auteurs à envisager l'unité fonds de commerce et à préciser sa nature, mais elle n'aurait pas imposé de façon immédiate, pressante, ce sujet à leur attention. Ce fut là plutôt, à notre avis, l'œuvre d'un autre contrat d'ensemble, nous

1 Art. 1598 du Code Civil.

voulons parler du nantissement. D'ailleurs, bien entendu, le problème une fois posé, l'étude des ventes, elle aussi, contribua puissamment à en faciliter la solution.

Occupons-nous donc du nantissement. Pour quelle raison sa pratique, qui a pris une extension si grande, a-t-elle contraint les auteurs à fixer une notion juridique du fonds de commerce ?

Au cours du XIX^e^ siècle, la concurrence, les luttes économiques de plus en plus âpres, ont rendu les épreuves commerciales, les crises, d'une excessive fréquence. Pour pouvoir survivre à ces crises, le commerçant fut tout naturellement amené à faire appel au crédit. Mais, à supposer, et c'était la règle presque absolue, que son fonds constituât le plus clair de son actif, quelles garanties pouvait-il fournir à un prêteur ?

Dans l'ancien droit, le commerçant avait à son service un instrument tout indiqué de crédit : c'était l'hypothèque. En effet, il était généralement admis que les différents éléments dont se composait l'établissement commercial de l'époque, droit d'exercer, ensemble de matériel, ensemble de marchandises et même droit au bail, pouvaient être réputés immeubles, et devenaient dès lors susceptibles d'être hypothèqués. [1] Rien donc n'était plus facile au commerçant que de les offrir en garantie.

Mais le Code Civil de 1804 est venu donner une rigidité absolue à la distinction des biens entre meubles et immeubles, et a décrété que seuls ces derniers seraient

2 GEORGES HARTMANN, œuv. cit., p. LIX.

susceptibles d'hypothèque. Par voie de conséquence, ce moyen de crédit devenait impraticable pour le commerçant, les divers éléments du fonds de commerce ayant tous une nature mobilière. Pouvait tout au plus user de l'hypothèque, et encore seulement en ce qui concerne le matériel immobilisé par destination, le propriétaire, à la fois, et du fonds de commerce, et de l'immeuble servant à son exploitation. Mais c'était là une situation exceptionnelle, anormale. Dans la presque totalité des cas, il ne restait au commerçant locataire qui voulait utiliser son fonds pour se faire consentir des avances, que la ressource du gage.

La question se hérissait alors de difficultés singulières. C'est qu'en effet le gage est bien loin d'être un contrat aussi souple que la vente. Le gage est un contrat réel [1]; le simple consentement des parties ne suffit pas à son existence ; sa formation n'est acquise que tout autant qu'une remise effective de l'objet du gage a été faite entre les mains du créancier gagiste. La loi positive française s'était bien gardée de méconnaître ces principes essentiels, conformes à la nature des choses. Le Code Civil exigeait, dans tous les cas, pour la validité du gage, la dépossession du débiteur, c'est-à-dire la détention matérielle de la chose par le créancier, s'il s'agissait d'un objet corporel, et, s'il s'agissait d'une créance, la signification de l'acte constitutif du gage au débiteur de la créance donnée en gage [2] . La loi de 1863,

1 Planiol, œuv. cit., T. II, nº 2.401, p. 759.

2 M. A. Bernus, œuv. cit., p. 41, Proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce présentée par M. Cordelet, Sénateur.

tout en se montrant, à certains points de vue, plus large pour le gage commercial, n'avait pu toucher à ces règles fondamentales.

Mais, ces règles étant données, le commerçant se proposant de donner en gage son fonds de commerce se trouva dans un immense embarras. En effet, le fonds de commerce n'est pas un corps simple, un tout homogène. C'est un ensemble éminemment complexe, un assemblage hétéroclite d'éléments distincts, de nature essentiellement dissemblable. C'est un véritable habit d'arlequin.

L'on aperçoit, dès lors, combien il était peu pratique de donner un fonds en gage, en nantissement. Pour obéir à la loi, il aurait fallu accomplir pour chaque élément des formalités spéciales : par exemple, en ce qui touche le droit au bail, une signification au propriétaire s'imposait ; et, pour les marchandises et le matériel, si l'on voulait rester en règle avec l'exigence de la dépossession, il fallait que le commerçant les remît réellement aux mains de son créancier gagiste. Ainsi entendu, le nantissement du fonds de commerce était tout simplement impraticable. Au reste, pour certains éléments de nature mal définie, pour la clientèle notamment, ou encore pour le nom commercial, la détermination des formes convenables à leur mise en gage laissait dans une grande perplexité.

Et cependant, le nantissement des fonds de commerce était devenu un impérieux besoin. Le négociant, faisant appel au crédit, devait pouvoir utiliser son fonds, le plus souvent le plus net de son actif : il eût été ridi-

cule, vraiment, « que la seule chose qui ne fût pas dans le « commerce, ce fût précisément le fonds de com- « merce [1]. » Aussi la pratique ne voulut-elle pas se résigner et chercha-t-elle un expédient. Elle le trouva bientôt, et imagina, pour tourner la difficulté, de donner en nantissement, non pas chacun des éléments pris isolément, mais le fonds de commerce lui-même, *in globo*.

On verra plus loin le sensationnel conflit de jurisprudence qui s'éleva à propos de cette tentative, jetant la pratique dans le désarroi le plus complet, et provoquant dans le monde des affaires une émotion profonde.

Or, c'est cette extraordinaire émotion du monde commercial tout entier qui a contraint la doctrine à donner son avis. Ce sont ces tâtonnements, ces controverses à propos du nantissement d'ensemble, qui ont inspiré aux jurisconsultes la pensée d'approfondir la matière. Quelle était au juste cette valeur nouvelle que le commerçant se proposait d'offrir au crédit ? Quelle devait être sa nature, la place à elle réservée dans la classification des biens ? Et, par dessus tout, n'y avait-il pas possibilité d'admettre que le fonds de commerce, cette somme d'éléments disparates, pouvait être considéré comme un tout possédant une existence propre, comme une unité substantielle, comme une universalité en un mot, susceptible, le cas échéant, d'être mise en gage au moyen d'une formalité unique ?

Voilà comment la science du droit fut conduite à tirer des plans sur ce « terrain vague sur lequel nous n'avions

1 Expression de M. Thaller.

« encore rien bâti. [1] » Et la preuve que les tentatives des nantissements d'ensemble ont bien été la cause efficiente des recherches doctrinales sur la notion fonds de commerce, est d'une administration facile. Elle résulte tout simplement de l'examen chronologique des opinions des auteurs du XIX^e^ siècle.

Le nantissement global n'a guère fait son apparition qu'après 1850. Mais, dès le début du XIX^e^ siècle, des ventes d'ensemble étaient pratiquées, et l'on se servait déjà couramment de l'expression fonds de commerce. Or, quelles idées les auteurs de l'époque agitent-ils à propos du fonds de commerce ? Leurs théories sont-elles originales et correspondent-elles aux nouveautés de l'organisation économique ? Pas le moins du monde. Ils restent, à l'instar des romanistes ou des commercialistes italiens du Moyen-Age, exclusivement dominés par des souvenirs de droit romain, qui ne sont certes plus de mise, et leurs conceptions ne constituent plus que des anachronismes . Ne voyons-nous pas, par exemple, Proudhon [2] et Demolombe [3] se réclamer, au sujet des fonds de commerce, de la loi 34 *de pignoribus et hypothecis* ; et Troplong, pour déterminer ce que comprend la vente d'un fonds, invoquer des fragments du Digeste, ainsi que Bartole, Cujas et Paul Voët [4] ? Il n'est pas rare de trouver, chez les jurisconsultes d'alors, des assertions dans le goût de celle-ci,

1 THALLER, *Préface au Traité de Droit Commercial*, par KOSACK, p. x.

2 *Traité des domaines de propriété*, T. I, n° 201, 1839.

3 *Cours de Code Civil*, T. IX, n° 403.

4 *Droit civil expliqué, De la Vente*, T. I. n° 322. — *Du Contrat de Mariage*, art. 3.160 et 3.162, 1857.

placée sous l'égide de Ménoch, Negusantius, Brünemann et autres : « Le fonds de commerce étant un corps, il se « classe nécessairement dans l'une des trois divisions « indiquées par le jurisconsulte Ulpien dans la loi 30, D « *de usucap.* : le corps simple ou uni, le corps universel « connexe et le corps universel distant.[1] » En somme, on le voit, aucune construction neuve ; l'on se contente de ressasser des vieilleries.[2]

Mais vienne, après 1850, la tentative de la pratique réclamant droit de cité pour le nantissement d'ensemble. Les controverses soulevées posaient la question sous un jour tout nouveau. Désormais, pour sortir d'embarras, les leçons du Digeste ne suffisaient plus. Et c'est alors qu'il y eut toute une floraison de conceptions hardies, adaptées aux nécessités de l'heure, et, partant, sans attache avec celles du passé. Ce qui le souligne, c'est que le point essentiel de toutes les théories, ce fut de savoir si le fonds de commerce pouvait être considéré comme une masse unitaire, comme une universalité. Et en effet, ce problème résolu par l'affirmative, l'usage des nantissements d'ensemble s'en trouvait réconforté. Par voie de conséquence, sa légitimité était placée hors de conteste.

Les recherches de la doctrine furent merveilleusement actives, favorisées d'ailleurs qu'elles étaient par l'absence de toute disposition législative régentant la matière. Les esprits se passionnèrent ; toutes les thèses furent soutenues, depuis celles qui reconnaissaient au fonds la

1 Georges Hartmann, œuv. cit., p. LXVI.

2 Voir aussi à ce sujet la *Clef des Lois Romaines*, par Fieffe-Lacroix, Metz, 1809, à l'article fonds de commerce.

personnalité morale, jusqu'à celles qui ne voyaient en lui qu'une réunion de fait d'éléments distincts, sans consistance. [1] Rien ne fut négligé dans cette poursuite de la vérité, et l'on songea même à faire appel à l'importation allemande. [2] Il ne nous appartient pas de ressusciter ici ces disputes, jadis si vivantes, mais qui, maintenant, n'intéressent guère plus que l'histoire du droit. Nous ne pouvons exposer le détail des théories du fonds personne morale, du fonds sujet de droits, patrimoine d'affectation, ou universalité comportant actif et passif. Il nous suffira d'indiquer la notion juridique à laquelle la doctrine française s'est ralliée, [3] moins par suite, ajoutons-le, d'un raisonnement péremptoire, que des nécessités de la pratique. Dorénavant, comme conclusion aux investigations suscitées par le débat du nantissement d'ensemble, le fonds de commerce est considéré comme une universalité, formée par la réunion d'un certain nombre d'éléments, corporels et incorporels. Cette universalité n'est pas, à vrai dire, une universalité de droit, ayant ses créances et ses dettes propres ; c'est une universalité juridique, entendez par là un ensemble susceptible de constituer, en droit, l'objet unique d'un contrat. Cette idée d'universalité une fois admise, on en tire unanimement ces déductions que l'ensemble fonds de commerce est un meuble, incorporel, un corps certain, non consomptible

1 Voir un excellent exposé de ces différentes thèses dans Boutaud et Chabrol, p. 67 et suiv. et dans Gombeaux, p. 13 et suiv. On trouvera indiquée par ces deux auteurs toute la bibliographie de la matière.

2 Qu'il nous suffise de citer les noms de Hassenpflug, Mommsen, Endemann, Laband, Brinz, Bekker, etc.

3 Gombeaux, œuv. cit., p. 225 et suiv.

par le premier usage. Le nantissement de ce meuble incorporel serait donc possible, même sans l'autorisation formelle de la loi.

Telle est la notion juridique adoptée aujourd'hui, en France, par la doctrine. Et le législateur de 1898, bien qu'il ait évité, de parti pris, de préciser une définition, l'a faite sienne. Mais y a t-il là, vraiment, une formule définitive, s'imposant à la raison, et l'obligeant à repousser toute conception divergente ? Afin de pouvoir nous prononcer, sur ce point, en pleine connaissance de cause, il ne nous reste plus qu'à faire une brève excursion dans le droit des pays voisins.

Ces pays, à propos des idées reçues en matière de fonds de commerce, se répartissent en trois groupes : le groupe français, le groupe allemand, le groupe anglais. [1] Les nations autres que la France, l'Allemagne, l'Angleterre, se bornent à emprunter à l'un de ces trois peuples les théories qu'ils ont su dégager. Demandons-nous donc ce que l'on pense et ce que l'on décide en droit allemand, en droit anglais.

En Allemagne, tout d'abord, on admet bien, comme en France, que l'établissement commercial constitue une universalité. Mais les opinions se séparent quand il s'agit de déterminer la nature de cette universalité. La doctrine germanique accorde en effet à l'établissement une indépendance, une autonomie beaucoup plus accentuées qu'en France. Pour employer le vocabulaire spécial en usage, nous ne sommes plus en présence d'une simple universalité juridique ; nous avons devant nous, bel

1 Gombeaux, p. 223.

et bien, une universalité de droit, avec actif et passif propres. Cette thèse des créances et des dettes faisant corps avec l'établissement commercial, qu'en notre pays, l'on a repoussée avec quelque dédain, comme peu sérieusement soutenable, est au contraire, là-bas, prônée, acceptée par tous. [1] Le droit positif l'a consacrée. [2] Et pourquoi cette conception de l'universalité de droit ? La raison en semble double : d'abord, un besoin s'est fait sentir dans la pratique d'Outre-Rhin, qui n'a jamais préoccupé la pratique française : celui de la transmission en masse à l'acquéreur du fonds des créances et des dettes, d'une cession-transport et d'une Schuldübernahme [3] globales ; d'autre part, une autre théorie particulière au droit allemand, celle du nom commercial, de la Firma [4], a contribué, elle aussi, à faire concéder au fonds une individualité plus puissante. Différence de besoins, différence de vues.

Mais quel enseignement nous offre le droit anglais ? Il se singularise, lui, en ce qu'il ignore une notion juridique d'ensemble applicable à l'établissement commercial. Le droit anglais, en effet, n'a jamais reconnu à l'établissement le caractère d'une universalité, la question d'ailleurs ne paraissant pas s'être nettement posée. Un élément particulier de l'établissement semble avoir

1 Notamment Delbruck, Thœl, Ladenburg, Regelsberger, Veit-Simon.

2 Code de Commerce allemand du 10 Mai 1897, § 25. — Cf. Loi lvii du Royaume de Hongrie, de 1908 (publiée le 31 Déc. 1908) remplaçant la loi xxxvii, 1875, § 20.

3 Sur la Schuldubernahme : Eug. Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898.

4 Sur la Firma, Gombeaux, œuv. cit., p. 274 et suiv.

accaparé l'attention : c'est le goodwill, l'achalandage. A son occasion, nous trouvons d'assez nombreuses solutions de détail, notamment en matière de faillite[1], d'expropriation[2], sans que toutefois une théorie générale précise se soit affirmée. Mais une chose certaine, c'est que le stock in trade, le capital affecté au commerce, le droit au bail même, sont formellement dissociés du goodwill[3]. Cela se remarque surtout en cas de cession. En résumé, l'on peut dire que le droit anglais n'a pas, de l'établissement commercial, cette « notion de bloc[4] » qui est commune au droit des autres nations. Et c'est, tout simplement, qu'au delà du détroit, l'on n'avait que faire d'une notion juridique d'ensemble, et que le droit britannique, pratique essentiellement, ne s'est jamais soucié que de régler, opportunément, les débats spéciaux soulevés par la pratique des affaires.

* * *

Nous croyons avoir ainsi donné une idée suffisante du fonds de commerce, et suffisamment précisé la notion juridique française de nos jours communément admise à son propos. Il ne nous reste plus, maintenant, qu'à nous demander ce que représentent respectivement, au point de vue économique, ce fonds de

1 Bankruptcy Act de 1883, dans Smith. J. W. *A Compendium of mercantile law*, London, 1890.

2 Charles E. Allan, *The law relating to goodwill*, London, 1889, p. 111 et suiv.

3 Allan, œuv. cit., p. 80.

4 Expression de M. Catalan, *Condition juridique des fonds de commerce*, Thèse, Montpellier, 1899, p. 362.

commerce lui-même ; au point de vue juridique, la conception de droit qui lui est appliquée.

Au point de vue économique tout d'abord, notre fonds de commerce doit-il nous apparaître comme la modalité définitive de l'exercice du négoce ? Ce nouveau venu, devons-nous affirmer qu'il subsistera identique à lui-même, dans la suite des temps ? Pour répondre à la question, résumons les enseignements que nous avons pu recueillir.

En étudiant les formes anciennes ou étrangères de l'établissement commercial, nous avons vu que ces formes ont été et sont encore éminemment diverses, suivant les époques, suivant les milieux. Le pécule géré, l'échoppe libre d'Athènes ou de Rome, la boutique concédée de l'ancien droit, l'office tenu du roi, l'établissement étranger, présentent, par rapport à notre fonds de commerce français du début du XX^e^ siècle, des dissemblances profondes, que nous espérons avoir assez soulignées. Evidemment, quelques analogies de surface out pu permettre à certains de risquer un parallèle, d'oser une identification. Mais l'examen serré des réalités vient anéantir de telles tentatives. La vérité, c'est qu'à chaque âge, à chaque pays, correspond une organisation commerciale propre. Les institutions économiques ignorent l'immobilité, le croupissement, la mare stagnante ; elles évoluent sans cesse : les leçons de l'histoire et du droit comparé sont là pour nous le rappeler ou pour nous l'apprendre. Et c'est pourquoi, à notre sens, notre fonds de commerce contemporain, qui a son statut dans la loi de 1909, représente bien

moins un point d'arrivée définitif, qu'une simple étape. Des besoins nouveaux surgiront sans doute, dans un avenir plus ou moins rapproché ; la pratique manifestera d'autres tendances ; et l'établissement commercial, dans la nécessité de s'adapter aux fonctions nouvelles qu'on exigera de lui, subira un avatar nouveau, au sujet duquel d'ailleurs aucune prédiction n'est possible. Mais, ce que nous pouvons du moins affirmer, c'est qu'un jour viendra où le fonds de commerce aura fait son temps, et que, son heure sonnée, il ira rejoindre dans l'histoire la *merx peculiaris* et le fonds de boutique. En retouchant à peine le mot fameux de Leibniz, le présent commercial est plein d'un passé et gros de l'avenir.

En définitive, notre fonds de commerce n'est que la résultante de l'état économique du moment. Vienne cet état économique à se modifier, il devra se transformer lui-même.

Mais que dire maintenant, au point de vue juridique, de la notion appliquée au fonds de commerce, de ce fameux concept d'une universalité mobilière et incorporelle qui, « dégagé de son embryon rudimentaire vers le milieu du XIX^e^ siècle, encore dans les langes de l'enfance en 1863, [1] » a rallié la presque unanimité de la doctrine moderne française ? [2] A son propos, nous accentuerons davantage l'esprit relatif de nos conclusions.

1 Barbier, *De la dation en nantissement des fonds de commerce*, p. 9.

2 Nous disons la presque unanimité. Il reste, en effet, des protestataires irréductibles. Pour M. Bayart, par exemple, l'entité fonds de commerce n'est qu'un « monstre dont on ne trouve aucune trace dans la réalité. » Thèse, Paris, 1906, p. 170.

Nous avons constaté l'absence de toute théorie générale dans l'antiquité, dans l'ancien droit ; nous avons même vu qu'à notre époque, nos voisins d'Outre-Manche ignorent encore une notion juridique d'ensemble de l'établissement commercial. Mais, d'autre part, Rome, Athènes, l'ancien droit, le droit anglais nous ont offert des solutions fragmentaires intéresssantes, se modelant sur les nécessités du milieu.

Nous croyons, d'un autre côté, avoir fait la preuve que, chez nous, la notion juridique du fonds de commerce n'a été occasionnée que par un accident de la vie économique : la coutume des nantissements d'ensemble ; et qu'en Allemagne, les conceptions plus accentuées d'universalité sont nées, elles aussi, sous la pression des exigences commerciales du moment.

Que devons-nous en conclure ?

Que les idées reçues au sujet de l'établissement commercial n'ont jamais été que ce qu'était cet établissement commercial lui-même. Si nous ne trouvons ni en droit romain, ni en droit anglais, de théorie d'ensemble, l'incapacité des juristes n'a pas à être mise en cause : c'est que, tout simplement, le besoin d'une pareille théorie ne s'est pas fait sentir. Que ce besoin surgisse, en France ou en Allemagne, une profusion de thèses subtilement nuancées nous solliciteront à l'envi.

Mais la plupart des auteurs qui ont écrit sur la notion juridique du fonds de commerce, semblent ne la rechercher que par la voie de raisonnements ingénieux, de déductions serrées et logiques. La notion une fois dégagée par ces moyens, ils lui reconnaissent triompha-

lement une valeur universelle, susceptible de l'imposer dans les siècles des siècles, partout et toujours. Leur prétention est-elle exacte?

Eh bien non, le rationalisme des auteurs ne saurait prétendre ici s'arroger une souveraineté sans limite, et le fonds de commerce ne peut sortir tout armé pour la lutte commerciale du cerveau du jurisconsulte. Ce n'est pas la science du droit, au fond, qui a créé, à elle seule, patiemment, laborieusement, la notion fonds de commerce, ce sont bien plutôt l'activité commerciale et la vie économique qui, du jour au lendemain, l'ont imposée.

En réalité, l'on s'essoufflerait vainement, en pareille matière, à poursuivre une notion juridique idéale et immuable. La notion qui nous occupe ne peut être, en effet, que le reflet des contingences économiques du moment. M. Planiol, avec sa haute autorité, a mis en lumière, d'une façon générale, l'intime relation de l'économie politique et du droit privé: « L'économie politique, écrit-il, a autant besoin du droit que le droit a besoin d'elle. [1] » Nulle part plus qu'ici, cette relation n'est étroite. La pure doctrine ne saurait improviser la notion juridique en jeu; c'est, bien davantage, la réalité même des affaires qui la détermine et qui la dicte.

En présentant leurs conceptions du fonds personne morale et du Zweckvermögen, Bekker et consorts affirmaient qu'elles étaient: « conformes à la nature des choses, à la réalité des choses. [2] » On s'est moqué. Ils

1 Marcel Planiol, œuv. cit., T. I, n° 33, p. 12.

2 Hassenpflug, Busch, Bekker.

avaient raison pourtant. Leurs conceptions étaient bien conformes à la nature des choses, des choses allemandes de leur temps. Et, par cela seul, ils étaient dans le vrai. De même, si l'approbation doit aller aux théories des auteurs français du quart de siècle dernier, c'est qu'elles ont su correspondre aux désiderata de l'époque.

Il n'y a donc pas une notion juridique unique, idéale, de l'établissement commercial ; au contraire, quels que soient leur nombre et leur diversité, toutes notions seront excellentes, si elles se maintiennent en concordance avec les nécessités pratiques. Si elles dédaignent de s'en inspirer, la soi-disant valeur théorique dont on prétendra les parer, ne les empêchera point de rester vaines et chimériques. Quel est, par exemple, le grand mérite des conceptions de la loi Cordelet (nous préférerions dire la loi Percerou, car ce n'est que par une sorte de supposition de part bien injuste qu'on attribue la paternité de la loi de 1909 à l'honorable sénateur) ? C'est d'être issue, non d'une ratiocination ésotérique, mais d'une consultation nationale des intéressés, des commerçants, et de réaliser leurs vœux. Voilà le bon, le solide fondement de toute notion juridique du fonds de commerce, le seul criterium, la seule pierre de touche de sa valeur.

Mais, pour ces raisons mêmes, notre conclusion sera que la notion française courante est bien loin d'avoir l'éternité devant elle, et qu'elle devra subir un jour, avec le fonds de commerce lui-même, la nécessaire évolution de toutes choses. Déjà la loi de 1909, en désagrégeant

en trois privilèges distincts l'ancien privilège d'ensemble du vendeur, en excluant du nantissement les marchandises, a fait subir un certain recul à la notion d'universalité. Quel sera l'avenir de cette notion ? Personne ne saurait le dire; mais elle se modifiera fatalement, peut-être même disparaîtra-t-elle. La notion juridique de l'établissement commercial n'est et ne peut être qu'un caméléon : la couleur des opinions admises à son égard est changeante, selon le terrain et l'heure.

Et la morale qui nous importe, c'est que, si, au cours de cette étude, une solution quelconque nous paraît heureuse, ce n'est pas son désaccord avec la notion juridique courante du fonds de commerce qui pourra nous interdire de l'adopter.

Chapitre II

Le fonds de commerce et les créanciers de son propriétaire. Intérêt d'un classement rationnel.

Ce qui distingue notre fonds de commerce contemporain des établissements commerciaux qui l'ont devancé, c'est qu'il constitue, dans le patrimoine du commerçant, un bien dont ce dernier est propriétaire absolu, dont il a la libre disposition. Désormais, la valeur d'ensemble mobilière et incorporelle, sur laquelle on a apposé l'étiquette « fonds de commerce », va bien souvent être, à elle seule, le plus net de « l'actif commerçable[1] » du négociant.

Mais l'on aperçoit immédiatement que la situation nouvelle va intéresser au plus haut point une catégorie définie de personnes : les créanciers du propriétaire de fonds de commerce. En effet, ce fait que la fortune de leur débiteur va s'augmenter d'un élément important, jusqu'alors ignoré, ne saurait les laisser indifférents. Il leur incombera de veiller à la meilleure sauvegarde de leurs droits. De fait, ils se sont bien gardés d'agir autrement, et la plupart des questions soulevées à propos du fonds de commerce, l'ont été par les créanciers de son propriétaire.

Cependant, certains ont voulu prétendre que la venue

1 L'expression « actif commerçable » est de Troplong.

au monde du fonds de commerce n'était pas, pour les créanciers, un événement heureux, et qu'ils n'avaient nullement à se féliciter d'un accroissement de leur gage. Ils avancèrent cette opinion que le fonds, tout au moins dans de très nombreuses hypothèses, devait rester à l'abri de toute poursuite. Maintes fois, affirmaient-ils, le fonds de commerce n'a de valeur que grâce au savoir-faire de l'exploitant, à son industrie personnelle. Mais alors, ce fonds est tout simplement un instrument de travail, le § 6 de l'article 592 du Code de Procédure Civile lui devient applicable : son insaisissabilité doit être déclarée.[1]

Est-il besoin d'ajouter que ce paradoxe, osé jusqu'à l'extrême, provoqua plus de sourires que de controverses? En réalité, l'importance pour les créanciers de l'état nouveau apparut à tous, et d'ailleurs, pour se pénétrer de cette vérité qu'en matière de fonds de commerce, la question des créanciers est primordiale, il suffit de considérer à quel sujet s'est manifestée l'intervention législative.

Le mutisme de la loi s'est prolongé très tard, en ce qui touche le fonds de commerce. Bien que ce dernier date de cette liberté commerciale instaurée par la Révolution, il lui a fallu néanmoins attendre bien longtemps avant d'être l'objet de mesures spéciales. Les Codes Civil et de Commerce l'ignorèrent complètement, et, pendant trois quarts de siècle, le législateur ne songea pas le moins

1 Cette opinion du fonds de commerce insaisissable est présentée notamment par M. Henri Vautrin : *Le crédit et les nantissements sur fonds de commerce, Examen critique de la loi du 1er mars 1898*, Thèse, Paris, 1907, p. 173.

du monde à se départir de son silence. Nous n'avons pas, en effet, à tenir compte, en quoi que ce soit, d'une loi du 28 février 1872, d'ordre purement fiscal. La jurisprudence, le cas échéant, improvisait. Mais la coutume des nantissements d'ensemble, après avoir suscité l'émotion des auteurs, allait émouvoir aussi les parlementaires. D'où la loi du 1er Mars 1898. Première intervention législative, à propos de qui ? D'un créancier, du gagiste.

Mais les travaux, les recherches, les discussions qui préparèrent cette loi de 98 et qui la suivirent, enseignèrent que la question des créanciers du propriétaire de fonds de commerce n'était pas une, mais complexe. Le gagiste, on s'en rendit compte, n'était pas le seul créancier intéressant. Des projets nombreux furent alors déposés, élargissant chacun davantage le champ des hypothèses réglées,[1] et, finalement, la loi du 17 Mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, vint donner à ces derniers leur statut définitif. Or, quelle est la préoccupation principale de cette loi de 1909 ? Définir la situation des créanciers, notamment du vendeur du fonds, des créanciers de ce vendeur, du créancier gagiste, et mettre à leur disposition des moyens de réalisation rapides et sûrs.

L'examen de la situation des créanciers du propriétaire de fonds de commerce présente donc un éminent intérêt pratique.

Mais, en dehors même de cet intérêt pratique, une

1 A signaler le remarquable projet de la Commission de la Société d'Etudes législatives, dû pour la majeure partie à M. le Professeur Percerou.

étude des droits des créanciers ne laisse pas d'être, au point de vue juridique, très attachante. C'est que le fonds de commerce est une valeur d'une singularité grande, qui ne ressemble, à vrai dire, à aucune autre. Et en effet, quelle autre valeur nous offrirait-elle cet amalgame d'éléments si dissemblables : nom commercial, droit au bail, matériel, clientèle, marchandises, etc ? En vérité, pour la composition de l'ensemble fonds de commerce, chaque classe de biens semble avoir tenu à offrir un ou plusieurs échantillons : biens corporels, incorporels, meubles, immeubles mêmes, car, la propriété de l'édifice servant à l'exploitation et celle du fonds étant réunies dans les mêmes mains, la théorie de l'immobilisation par destination fera qu'une partie souvent considérable du fonds : le matériel, empruntera bel et bien une nature immobilière, et sera dès lors susceptible d'être très régulièrement grevée d'hypothèques.

Dans un autre ordre d'idées, si l'on peut considérer le fonds de commerce dans son ensemble, en faire l'objet d'un contrat unique, le donner par exemple *in globo* en nantissement, c'est là une simple possibilité, une faculté laissée à ceux qui veulent recueillir le bénéfice de cette « réaction de valeur[1] » résultant du fait de considérer le fonds comme un tout, et de la non-dissociation de ses éléments. Mais rien n'empêche le commerçant, s'il le juge bon, d'accomplir des actes juridiques sur un élément séparé et distinct. Rien ne lui interdit, par exemple, de donner en gage un lot de marchandises : le gagiste, mis en possession réelle, se verra investi d'un privilège sur ce lot.

1 Percerou, *Rapport à la Société d'études législatives.*

Mais l'on aperçoit à l'instant combien cette diversité des éléments composants, unie à cette faculté d'envisager, soit l'ensemble fonds de commerce, soit l'une quelconque de ses parties, va rendre singulièrement pénible à démêler l'écheveau embrouillé des créanciers de son propriétaire. Nous allons voir toutes sortes de créanciers imaginables se disputer les deniers à provenir de la réalisation du fonds. Tout d'abord, en vertu des contrats d'ensemble, vente et nantissement, gagiste et vendeur demanderont à primer, sur l'ensemble du fonds, la masse des simples créanciers chirographaires. Puis nous aurons, sur certains éléments distincts, les privilèges spéciaux de créanciers tels que : le gagiste, en possession d'une part de marchandises ; le bailleur, privilégié, pour sa créance de loyers, sur tous les meubles garnissant les lieux loués et appartenant au commerçant locataire ; le vendeur de meubles ou de marchandises ; le conservateur de la chose, etc. L'immobilisation par destination ne nous épargnera même pas le souci de classer les créanciers hypothécaires, dans l'hypothèse du négociant propriétaire de l'immeuble affecté au commerce. En somme, procéder à une répartition de deniers, à la suite de la réalisation d'un fonds, sera tâche essentiellement délicate.

Nous en revendiquons le péril pour le jurisconsulte. En effet, la loi n'ayant pas prévu de façon précise la solution des conflits qui peuvent mettre aux prises les différents créanciers amenés à faire valoir leurs droits sur le fonds de commerce, cette solution doit être recherchée uniquement à la lumière des grands prin-

cipes du droit. Car la matière des obligations, des sûretés, des garanties, est de celles où le juriste peut se réclamer souverain. De longues études, une tradition établie, ont permis de poser ici des règles essentielles. Méconnaître ces règles serait faire injure au bon sens, aux réalités mêmes. Les conceptions juridiques reçues ne peuvent vaciller au gré des contingences : la logique seule les régit. La nature de l'hypothèque, par exemple, est au-dessus des changements sociaux et politiques ; elle s'imposera à notre raison, tout comme à la raison romaine ; nous la retrouverons identique au Digeste et dans les Codes modernes les plus récents. Sans doute, même en matière de sûretés, nous ne saurons nous abstraire complètement des réalités économiques ; l'organisation des garanties dépendra certainement pour beaucoup des exigences du milieu ; mais ces exigences n'auront, malgré tout, que des conséquences réduites. Des considérations utilitaires spéciales à une époque pourront faire que l'hypothèque ne puisse être constituée que sur les immeubles, ou qu'à l'inverse, meubles et immeubles à la fois puissent en être grevés, mais une hypothèque restera toujours une hypothèque, le droit réel hypothécaire offrira toujours les mêmes caractères essentiels. Et c'est pourquoi, alors que la notion fonds de commerce nous semble dépendre beaucoup plus des nécessités économiques que de la science du droit, ici, dans cette matière traditionnelle des obligations et des sûretés, chère aux auteurs, exaltée par Larombière[1], nous affirmons que la doctrine

1 Larombière, Préface du *Traité des Obligations* (1re édition).

a le droit d'élever la voix et de donner un avis définitif.

Or, le classement des créanciers du propriétaire de fonds de commerce, à propos duquel l'on jouit d'une presque complète liberté d'action, puisqu'aucun commandement législatif ne règle minutieusement la question[1], nous a paru, sur plus d'un point, avoir été fait en violation manifeste de principes juridiques qui doivent être respectés. Le point épineux d'un pareil classement, c'est, en effet, de fixer la situation des deux créanciers les plus importants, des créanciers d'ensemble, du vendeur du fonds et du gagiste ; et l'on se borne d'ordinaire à les intercaler, en les favorisant d'un rang plus ou moins bon, dans la file des créanciers privilégiés, en les comparant successivement au bailleur, au vendeur de meubles, au conservateur de la chose, etc. L'étude des lois des 1er mars 1898 et 17 mars 1909, l'examen des garanties qu'elles ont accordées au vendeur du fonds et au gagiste, nous ont suggéré qu'une telle façon de procéder heurtait de front certains principes fondamentaux. Il nous a paru utile de proposer une correction de l'erreur, en procédant à un classement rationnel des créanciers.

La difficulté d'une pareille tentative, c'était de triompher de l'enchevêtrement de droits si divers par un travail de groupement, de synthèse, et d'arriver ainsi à répartir tous les créanciers en différents ordres,

1 Plus complet que la loi Cordelet, le projet Percerou contenait des dispositions intéressantes en ce qui concerne les conflits de créanciers, lors de la réalisation du fonds.

d'après des caractères communs. Nous souhaitons avoir atteint le but, et, dans les trois parties dont se composera cet ouvrage, nous envisagerons tour à tour : 1° les créanciers privilégiés ; 2° les créanciers hypothécaires ; 3° les créanciers chirographaires. Chose curieuse, cette division était déjà celle que proposaient jadis auteurs et coutumes, à l'occasion des créanciers du titulaire d'office, dans l'ancien droit[1]. N'y a-t-il pas là une preuve que les principes dont nous voulons nous réclamer ont une nécessaire permanence ?

On le voit, notre tâche, ainsi précisée, est réduite : ce n'est pas, en effet, dans cette étude que l'on devra chercher la solution des questions multiples et intéressantes que l'application pratique de la loi Cordelet soulève[2]. Nous ne songeons, ici, qu'à classer rationnellement, d'après les principes en vigueur, les différents créanciers du propriétaire de fonds de commerce, et, pour cela, il nous suffira de percer à jour la véritable nature juridique de leurs droits.

1 V. Georges Hartmann, œuv. cit., p. LII.

2 Nous ne croyons pas avoir à exposer, notamment, le détail des procédures en usage pour la distribution du prix d'un fonds réalisé. Les formes à suivre sont d'ailleurs simples, et ne soulèvent aucune difficulté. Le prix peut d'abord être réparti à l'amiable, si les créanciers sont d'accord. A défaut d'entente, la consignation sera faite, et l'on procédera à une distribution par contribution. A ce sujet, certains auteurs regrettent que la loi de 1909 n'ait pas institué plutôt une procédure analogue à celle de la loi du 10 juillet 1885, art. 30 à 32, qui règle la répartition du prix du navire, en se rapprochant de la procédure de l'ordre. — Enfin, si avant le règlement provisoire et l'expiration du délai de l'art. 660 C. Proc., le débiteur tombe en faillite ou en liquidation, la distribution sera l'œuvre du liquidateur ou du syndic. — Voir aussi l'article 15, alinéa 7, de la loi Cordelet.

PREMIÈRE PARTIE

DES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS

Les créanciers privilégiés doivent tout naturellement passer les premiers, dans une étude comme dans une répartition.

Le fonds de commerce, d'après les conclusions de la doctrine française, est, de nos jours, considéré comme un meuble incorporel. Mais, si l'on en est arrivé à concéder que l'établissement commercial peut être considéré, dans son ensemble, comme une masse unitaire, cela ne fait nullement obstacle à ce que, le cas échéant, chaque élément entrant dans la composition de ce « tout d'un genre bien spécial[1] » conserve son individualité propre, et soit envisagé en lui-même. Aussi faut-il nous attendre à avoir à classer, sur le fonds de commerce, tous les créanciers en mesure de revendiquer le bénéfice d'un privilège mobilier quelconque. Nous aurons, à la fois, des privilèges généraux, qui viendront frapper le fonds tout entier, et des privilèges spéciaux, qui s'appliqueront, dans son intérieur pour ainsi dire, à telle ou telle de ses parties. En somme, la liste des privilèges dont il pourra être ques-

1 Rapport fait au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie par M. Louis Baudet, député d'Eure-et-Loir. M. A. Bernus, œuv. cit., p. 426, n° 439.

tion, à propos du fonds de commerce, comportera l'énumération suivante :

1° Les privilèges généraux établis par le droit civil ou commercial au profit des particuliers, notamment les privilèges institués par l'article 2101 du Code Civil. En effet, ces privilèges généraux portent à la fois sur tous les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles. Ils conservent, dans notre droit, un exemple unique des antiques « *privilegia inter personales actiones* » : ce sont des actions chirographaires que la loi a favorisées, à raison de la qualité de la créance qui les engendre, et qu'elle a déclarées privilégiées. Il en résulte qu'elles pourront être exercées sur la totalité du patrimoine, puisque le droit de gage des créanciers chirographaires est général. Et le fonds de commerce, étant un meuble, se trouvera, bien entendu, assujetti à ces privilèges généraux ;

2° Une autre catégorie de privilèges généraux comprend les privilèges créés par les lois administratives ou fiscales, au profit du Trésor. La généralité de ces privilèges est moins absolue que celle de leurs congénères du droit privé. Ils ne portent, en effet, que sur l'avoir mobilier du débiteur. Les immeubles échappent à leur prise, le Trésor ayant préféré se réserver, sur ces derniers, une garantie d'une autre sorte. Mais le fonds de commerce, en tant que meuble, en est grevé. Ce sont les privilèges : des contributions directes[1], de

1 Loi du 12 Novembre 1808, article Ier.

l'impôt du timbre[1], des contributions indirectes[2], des droits de douane[3], des frais en matière pénale[4].

Tels sont les privilèges généraux auxquels le fonds de commerce, dans son ensemble, est soumis. Mais, d'autre part, au sein de cette universalité mobilière, des privilèges de détail pourront frapper certains meubles déterminés. Nous serons ainsi en présence des privilèges mobiliers spéciaux :

1° Du créancier gagiste. Le propriétaire d'un fonds peut parfaitement, s'il lui répugne de faire appel au crédit en usant du nantissement d'ensemble, se procurer des avances en donnant simplement en gage un lot restreint de marchandises. Le gagiste, mis en possession réelle de ce lot, pourra se prévaloir de l'article 2102-2°[5] ;

2° Du bailleur d'immeuble, dans l'hypothèse de beaucoup la plus fréquente où le commerçant n'occupe les locaux servant à l'exploitation du fonds qu'en qualité de locataire. Le bailleur, suivant l'article 2102-1°, invoquera son privilège sur tous les meubles garnissant les lieux loués.

Et ici, une remarque : au cas d'aliénation du fonds,

1 Loi du 28 Avril 1816, art. 76, al. 2.

2 Décret du Ier Germinal an XIII.

3 Loi des 6 et 22 août 1791, T. XIII, art. 22 ; Loi du 4 Germinal an II ; Loi du 28 Avril 1816, art. 58.

4 Loi du 5 Septembre 1807.

5 Le privilège concédé par le nouvel article 95 du Code de Commerce au commissionnaire n'est qu'une variété de privilège de gagiste. Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, T. III, n° 489, Cass. Civ., 12 mai 1885, D. 85, S. 86, 1. 185 ; I, 473.

l'article 3 de la loi Cordelet confère à tout créancier du vendeur, que sa créance soit ou non exigible, le droit de faire opposition au paiement du prix. Aussi le bailleur n'a-t-il pas manqué de faire opposition, et d'invoquer son privilège, pour tous les loyers à échoir jusqu'à la fin du bail. La jurisprudence n'ayant pu que s'incliner, le propriétaire se trouve donc, en cas de vente d'un fonds de commerce, écrit M. René-Lucien Morel, « jouir des droits exorbitants que la loi du 12 février 1872 a restreints en cas de faillite. » Naturellement, les intéressés protestent contre cette situation, résultat d'une simple inadvertance du législateur de 1909, et réclament une retouche du texte de l'article 3[1].

3° Du vendeur de meubles[2]. Nous rencontrerons très fréquemment ce privilège, sur les marchandises et sur le matériel. Les fournisseurs, vendeurs à crédit et non payés, constitueront souvent une partie importante des créanciers.

4° Enfin, du conservateur de la chose[3]. Un privilège, hérité du droit romain, et introduit dans notre législation, après avoir subi, d'ailleurs, des transformations sensibles, assurera le désintéressement de ceux qui auront exposé des frais pour « la conservation de la

1 Voir délibération de la Chambre de Commerce du Havre, du 25 Avril 1911 ; vœu de la Ligue commerciale du Nord-Ouest, adopté par la Confédération des groupes industriels et commerciaux.

2 Art. 2102, C. Civ. 4°.

3 Art. 2102 C. Civ. 3°.

chose. » Nous aurons donc, ici encore, des créanciers privilégiés sur des éléments spéciaux[1].

Voilà donc la liste des créanciers privilégiés que nous pourrons rencontrer, lors de la réalisation du fonds de commerce. Mais il ne suffit pas, vraiment, de recenser ces créanciers; il faut surtout les classer, leur assigner un rang les uns par rapport aux autres, car un conflit pourra s'élever entre eux. Ce sera, par exemple, un vendeur de meubles qui prétendra faire valoir son privilège sur des marchandises, détenues pourtant par un autre privilégié concurrent : par le gagiste. Comment solutionnerons-nous ces questions ? D'après quelles injonctions de la loi ou quels principes ? C'est ce que nous allons exposer, avec le souci constant d'être aussi bref que possible.

En effet, ce fait que les valeurs sur lesquelles les différents créanciers privilégiés réclament leur paiement, appartiennent au fonds de commerce, n'entraîne aucune difficulté particulière. Lors de la réalisation du fonds, comme en toute hypothèse, il y aura lieu à l'application des mêmes règles de droit. Procéder à une étude très fouillée de ces luttes de privilèges, ce serait faire tout un cours de droit civil, ce qui sortirait manifestement de notre cadre. Et d'ailleurs, ce triage des privilèges mobiliers, en vue d'un classement, a été depuis longtemps

1 L'art. 8 de la Loi du 28 Mai 1858 « sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux » a établi un privilège destiné à garantir le paiement des droits de magasinage. Il repose sur l'idée d'une conservation de la chose : G. Baudry-Lacantinerie et P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du Nantissement, des Privilèges et Hypothèques et de l'Expropriation forcée*. T. 1er, p. 552, nº 745.

opéré par les maîtres les plus éminents[1]. Nous nous contenterons, en conséquence, de tirer la quintessence de leurs travaux, et d'indiquer les conclusions auxquelles ils ont abouti.

Le classement des privilèges mobiliers eut longtemps la réputation de constituer l'une des matières les plus difficultueuses du droit français. C'est que la loi n'est rien moins que prolixe, en ce qui concerne le rang à leur attribuer. Elle se borne, en effet, à quelques indications, d'une insuffisance incontestable.

Ainsi le Code Civil nous indique bien l'ordre dans lequel devront passer les privilèges généraux de l'article 2.101. Il nous offre aussi, dans l'article 2102-1°, alinéa 4, le règlement d'un concours entre locateur et privilégiés pour semences, frais de récoltes, ustensiles aratoires, règlement et concours qui, du reste, ne nous touchent nullement. Il ajoute, et ceci nous intéresse davantage, que, le privilège du locateur se dressant contre celui du vendeur d'effets mobiliers, la préférence sera donnée au premier, si toutefois celui qui est en mesure de l'invoquer se trouve de bonne foi[2]. D'autre part, l'article 662 du Code de Procédure Civile tranche un débat possible entre les créanciers pour frais de justice et le locateur, en donnant le pas à ce dernier, que l'article 461 du Code de Commerce favorise également, dans une autre hypothèse. Mais c'est là tout.

1 Voir surtout G. Baudry-Lacantinerie et P. de Loynes, œuv. cit., Tome 1er et aussi M. Planiol, œuv. cit., T. II.

2 Article 2102 Code Civil-4° alinéa 3.

Ce laconisme a été jugé, par nombre d'auteurs, regrettable à tous égards, et l'on s'en est vivement plaint. Il a eu, cependant, cette heureuse conséquence que la science du droit a eu toute liberté pour donner une opinion réfléchie, d'après l'analyse des privilèges et de leurs raisons d'être. Et, en l'état actuel de la doctrine, on peut ramener à quelques propositions les idées généralement reçues.

Tout d'abord, un privilège sur le rang duquel tout le monde est d'accord, sans la moindre controverse, la moindre contestation, c'est le privilège général pour frais de justice. L'unanimité des auteurs le fait venir en tête, soit que l'on invoque la faveur due à la créance née « de la constatation et de la conservation de la masse commune[1] », soit que, plutôt, l'on considère les frais de justice comme une dette moins du débiteur lui-même, que des créanciers poursuivants. Dans ce dernier sens, l'on va même jusqu'à avancer que, si les frais de justice doivent être réglés d'abord, c'est par le simple jeu des principes du droit commun, sans qu'il y ait à faire appel à la théorie du privilège. Et, pour démontrer la vérité de l'assertion, l'on fait remarquer que le paiement du solde restant dû pourrait être réclamé aux créanciers poursuivants eux-mêmes, personnellement responsables, si le produit de la réalisation des biens du débiteur ne suffisait pas à couvrir la note des frais. [2]

Mais, quelles que soient les raisons que l'on invoque

1 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Œuv. cit., T. 1. p. 575, n° 774.

2 Marcel Planiol, Œuv. cit., T. II, p. 820, n° 2624.

pour classer le privilège des frais de justice, pratiquement, le premier rang lui est assuré par tous[1]. D'ailleurs, bien entendu, les raisons mêmes qui conduisent à lui faire attribuer cette place d'honneur, permettront, en quelques cas, à certains autres privilèges, de ne point céder le pas. En effet, le privilège des frais de justice ne peut être invoqué que contre ceux pour compte de qui ces frais ont été faits ; et si, parmi les créanciers, il en est un qui puisse se passer de formalités indispensables aux autres, rien ne l'obligera à subir, sur le prix des meubles affectés à son privilège, le prélèvement des frais nécessités par ces formalités qui ne lui étaient pas imposées. C'est là une solution d'évidence[2], et la loi n'a pas manqué de la consacrer, quand l'occasion s'en est offerte[3].

Ce principe d'équité pose, de nos jours, un délicat point d'interrogation, en matière de fonds de commerce. On sait que la loi du 17 mars 1909, remédiant à l'absence totale de dispositions du droit antérieur[4], le Code de Procédure Civile étant, en effet, muet sur la saisie des fonds de commerce, a édicté des règles précises pour leur réalisation. Désormais, l'expropriation des fonds n'est plus du domaine du droit prétorien : pour

1 Aubry et Rau, Pont, Laurent, Colmet de Santerre, Thézard, André, Huc, etc.

2 Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Planiol, Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, T. 13. *Privilèges et Hypothèques*. (Art. 2092 à 2166) n° 27, p. 37.

3 Articles 662 Code procédure civile, et 461 Code commerce.

4 Au sujet de cette absence de dispositions, consulter MM. Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, T. 5, 1751.

répondre aux différents besoins, des procédures légales diverses sont établies, qui peuvent se ramener à trois types: la procédure de la réalisation directe, celle de la réalisation indirecte, celle enfin de la réalisation simplifiée[1].

La voie de la réalisation directe est ouverte, par la loi Cordelet, au vendeur et au créancier nanti, d'après l'article 16, ainsi conçu : « Le vendeur et le créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce peuvent, même en vertu de titres sous-seing privé, faire ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage, huit jours après sommation de payer faite au débiteur, et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse. La demande est portée devant le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite le dit fonds. »

On voit combien cette procédure nouvelle est simple et rapide. Avant 1909, il était indispensable, pour parvenir à réaliser un fonds, de débuter par la saisie-exécution des meubles corporels entrant dans sa composition : marchandises, matériel, meubles meublants garnissant les bureaux et magasins du débiteur. Ce n'est qu'ensuite, cette opération accomplie, qu'on pouvait arriver, par des expédients, à la vente du fonds tout entier. Dorénavant, ces étapes sont brûlées, et l'intervention du Tribunal de Commerce suffit.

La réalisation indirecte est prévue en ces termes par l'article 15 :

Article 15 : « Tout créancier qui exerce des pour-

1 Nous empruntons ces expressions à M. le Professeur A. Bouvier-Bangillon, op. cit., passim.

« suites de saisie-exécution, et le débiteur contre lequel « elles sont exercées, peuvent demander, devant le « Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite « le fonds, la vente du fonds de commerce du saisi « avec le matériel et les marchandises qui en dépendent. »

Il est bien facile de comprendre la pensée qui a inspiré cet article au législateur de 1909. Comme il est dit excellemment dans les travaux préparatoires, « les « éléments d'un fonds de commerce acquièrent, en « général, une plus-value du fait de leur groupement en « vue d'une destination commune et de l'utilité qui en « résulte[1]. » C'est pour que les droits des intéressés ne soient pas lésés par la perte de cette « réaction de valeur », qu'on leur permet de demander la vente globale du fonds. En effet, le total des deniers à provenir des ventes partielles de chacun des éléments, n'égalerait fort probablement pas le prix unique obtenu en mettant le fonds dans son ensemble aux enchères.

Quant à la réalisation simplifiée, elle est à l'usage des créanciers dont le droit a pris naissance à raison de l'exploitation d'un fonds de commerce. L'article 18 de la loi Cordelet porte en effet :

« Le Tribunal de Commerce, saisi de la demande en « paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation « d'un fonds de commerce, peut, s'il prononce une « condamnation et si le créancier le requiert, ordonner « par le même jugement la vente du fonds. »

On saisit aisément l'utilité de cet article : sans lui, le plaideur, ayant remporté une première manche devant

1 Rapport Cordelet, M. A Bernus, œuv. cit., p. 127, n° 160.

le Tribunal de Commerce en réclamant son paiement, devrait revenir devant ce même Tribunal pour faire ordonner la vente du fonds par un jugement nouveau. « Cette double procédure, lit-on dans les « travaux préparatoires, serait, en ce cas, inutile et « ne pourrait qu'entraîner des lenteurs et des frais frus- « tratoires[1] . » La loi Cordelet écarte ce danger : grâce à l'article 18, un seul et même jugement suffira, qui comprendra, en même temps, la condamnation aux sommes dûes et l'ordre de mise aux enchères du fonds.

Mais l'on voit immédiatement le problème que ces règles de réalisation sommairement résumées peuvent poser, le cas échéant.

Supposons un créancier procédant à la saisie de détail des éléments corporels du fonds, par voie de saisie-exécution. La saisie-exécution, en effet, même après 1909, reste le préliminaire obligatoire pour tous les créanciers non inscrits, et dont la créance ne se rattache pas à l'exploitation du fonds. Or, dans cette hypothèse de la saisie-exécution opérée, peuvent demander au Tribunal de Commerce la vente globale, non seulement le saisissant et le saisi, en vertu de l'article 15, mais encore, en vertu de l'article 20, tous créanciers inscrits. D'autre part, des créanciers peuvent agir, conformément à l'article 18. Supposons donc la vente globale ordonnée.

Quel sera dès lors le sort de tous les frais de poursuite exposés pour arriver à l'adjudication du fonds? La faveur du privilège de l'article 2101-1° Code Civil

1 Rapport Cordelet, M. A. Bernus, œuv. cit., p. 125, nº 157.

pourra-t-elle être réclamée pour tous ces frais, indistinctement? Ou bien ne faudra-t-il conférer le bénéfice de ce privilège qu'aux seuls frais engagés devant le Tribunal de Commerce, de façon directe, immédiate, pour obtenir de ce tribunal le jugement de mise aux enchères ? En d'autres termes, les frais initiaux de poursuite partielle sur les éléments corporels du fonds seront-ils, eux aussi, privilégiés, ou bien les laissera-t-on à la charge personnelle de celui-là seul qui les aura nécessités[1] ?

La question, à notre sens, doit se résoudre en faisant jouer le principe que nous avons posé plus haut : « Si, nous déclare M. Planiol, les frais de justice sont privilégiés, c'est parce qu'ils sont utiles aux créanciers ; s'il existe un créancier pour lequel les frais réclamés n'aient pas été utiles, ils ne seront pas privilégiés contre lui[2]. » Or, en quoi les frais de poursuite partielle, exposés au début de la réalisation indirecte, auront-ils été utiles à des créanciers qui avaient devant eux la voie plus rapide et moins onéreuse de la réalisation directe ou de la réalisation simplifiée ? En rien, à la vérité. Et c'est pourquoi nous n'hésitons pas à affirmer que le privilège de l'article 2101-1° ne leur sera pas opposable, à propos des frais liminaires d'une exécution de détail. Ces frais n'ont pas été faits dans leur

1 Le point d'interrogation est bien posé par M. E. Mouneydier, avocat à la Cour de Paris (*Vente et Nantissement des Fonds de commerce*, Paris, 1909, p. 208). Mais aucune réponse n'est indiquée par cet auteur.

2 Planiol, œuv. cit., t. II, p. 802, n° 2553.

intérêt. Ils pourront refuser d'en subir le prélèvement[1].

La loi Cordelet d'ailleurs offre une autre occasion de faire jouer le principe que nous venons d'appliquer. On verra plus loin que l'article 3 de cette loi a permis aux créanciers du vendeur de fonds de commerce l'usage d'une saisie-arrêt de la créance du prix de vente, d'une simplicité rare de forme : un acte extrajudiciaire unique, signifié à l'acquéreur, est suffisant. Toutefois, rien n'empêche un créancier du vendeur, s'il le juge à propos, de suivre, même après 1909, la procédure de droit commun de la saisie-arrêt, avec dénonciation, contre-dénonciation, assignation en validité. La loi nouvelle prévoit elle-même l'emploi de cette procédure, quand elle nous parle de « transport judiciaire du prix, ou de partie du prix. »

Mais, si cette procédure surannée est employée, que décider au sujet des frais exposés pendant son cours ? Seront-ils privilégiés contre les créanciers qui auront fait opposition, conformément à l'article 3 ? — En vertu toujours du principe dégagé plus haut, nous proposerons d'admettre que les créanciers opposants n'auront pas à subir le prélèvement de ces frais, sans utilité pour eux.

Un dernier mot, et nous en aurons terminé avec le

1 Remarquons d'ailleurs que, dans une opinion (Bouvier-Bangillon, op. cit., p. 478, n° 351 ; Félix Champromis, *De la réalisation du gage en matière commerciale et de la réalisation du fonds de commerce d'après la loi du 17 mars 1909*, Thèse, Lyon, 1909, p. 108) l'on concède à tous les créanciers chirographaires le droit d'user, comme le vendeur et le créancier nanti, de la procédure de réalisation directe, à la seule condition de posséder ce titre exécutoire qui précisément leur est indispensable pour faire commandement et saisir-exécuter. Mais cette opinion, qui fait litière de la précision actuelle des textes et des modifications qu'ils ont subies au cours des travaux parlementaires, est difficilement acceptable.

privilège des frais de justice : malgré le qualificatif de général qui lui est appliqué, il est universellement admis qu'il s'exerce uniquement sur les biens mêmes à propos desquels les frais ont été faits[1]. Ainsi les frais de vente d'un immeuble ne sauraient être prélevés sur le prix du mobilier, du fonds de commerce, par exemple.

Voilà donc le premier privilège appelé. Mais quel autre fera-t-on venir après lui ?

Pour donner une réponse, nous sommes amenés à trancher d'abord le conflit entre privilèges généraux et privilèges spéciaux sur le mobilier. En effet, quand le mobilier est vendu, et que le prix provenant de cette vente est l'objet d'une répartition, le Code ne réédite pas la solution indiquée par l'article 2105, à propos des immeubles. L'interprète doit donc combler la lacune. Que décider ?

Dans une première opinion, l'on incline à céder le pas aux privilèges généraux. L'article 2105, dit-on, leur confère la priorité sur les immeubles, et, d'ailleurs, la loi affirme sa particulière sollicitude pour les créanciers en mesure de les invoquer, puisqu'elle leur fait le cadeau d'un privilège portant sur la généralité des biens. A cela, l'on riposte, d'abord, que l'article 2105 constitue une disposition exceptionnelle, partant d'interprétation stricte, et, de plus, que, si les privilèges de l'article 2101 et consorts sont généraux, c'est tout simplement parce qu'ils sont annexés à des créances chirographaires, donnant action naturellement sur tout le patrimoine du débiteur.

1 Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 13, *Privilèges et Hypothèques* (art. 2092 à 2166), n° 27, p. 36.

Dans un autre système, l'on soutient que le classement des privilèges généraux par rapport aux privilèges spéciaux, sur le mobilier, ne saurait être résolu de façon simpliste, en donnant, en bloc, la préférence aux uns ou aux autres. L'on prétend qu'il convient, ici, de procéder, par le menu, à une comparaison de chaque privilège général avec chaque privilège particulier, en recherchant, à propos de chacun de ces privilèges, les causes qui ont déterminé la bienveillance du législateur, et en appliquant, dans toutes les hypothèses, le grand principe : « *Privilegia ex causa estimantur.* »

Mais une troisième théorie[1] tend à rallier les auteurs, qui offre la combinaison de la simplicité, de la logique, et de la valeur historique. Ses conclusions aboutissent à faire passer, en premier lieu, pêle-mêle, tous les privilèges spéciaux. La justification d'un pareil système se tire aisément de l'analyse des origines des différents privilèges. Nous avons vu que les privilèges généraux conservent seuls, dans notre droit, la tradition de ces « *privilegia inter personales actiones* », de ces actions purement chirographaires gratifiées d'un tour de faveur par la loi. Mais, si l'on étudie la genèse des privilèges spéciaux sur le mobilier, l'on constate que chacun d'eux provient d'une sûreté réelle, anciennement au service du créancier : réserve de propriété, nantissement, hypothèque mobilière, droit de rétention opposable aux créanciers du débiteur. Dès lors, l'on est tout logique-

1 L'on trouvera la nomenclature des partisans de ces trois différentes théories et le détail de la jurisprudence dans Baudry-Lacantinerie et de Loynes, œuv. cit., T. Ier, p. 567, notes 1 et 2 ; et p. 571, note 1.

ment conduit à préférer, d'une façon générale, la totalité de ces différents privilèges spéciaux.

Ceci posé, il ne nous reste plus, maintenant, qu'à classer respectivement entre eux, les privilèges spéciaux d'une part, et les privilèges généraux de l'autre.

Pour ce qui est du classement des privilèges spéciaux, tout d'abord, il semble qu'il devrait être soumis à l'article 2096 Code civil, dont les termes sont aussi généraux que possible : « Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges. » Ce principe régit incontestablement le classement des privilèges généraux ; conserve-t-il son empire, en matière de privilèges spéciaux ? Il est unanimement admis que la qualité de la créance est ici secondaire. Ce qui importe, quand il s'agit de ces privilèges dérivés d'anciennes sûretés réelles, c'est bien plutôt, soit la date de la créance, soit le fait de la possession.

Or, procéder à un classement de ces créanciers nombreux paraît, au premier abord, besogne singulièrement ardue ; mais cette besogne est de beaucoup simplifiée par ce fait que l'on a synthétisé tous ces créanciers, en les ramenant à trois catégories : privilèges fondés sur le nantissement, dont le type est le privilège du gagiste ; privilèges fondés sur la mise de la chose dans le patrimoine du débiteur, dont le type est le privilège du vendeur ; privilèges fondés sur la conservation de la chose. Dès lors, l'examen suffit des collisions possibles entre ces trois catégories essentielles, et, pour plus de commodité, nous les désignerons chacune par l'échan-

tillon caractéristique qu'elles fournissent : créancier nanti, vendeur, conservateur de la chose.

Envisage-t-on un conflit entre créancier nanti et vendeur ? L'on est d'accord pour donner la préférence au créancier nanti[1]. Sa possession le protège ; assez forte pour paralyser la revendication, elle doit, *a fortiori*, lui assurer la priorité sur les privilèges concurrents. Et ici, pour étayer leur solution, les interprètes trouvent un précieux appui dans l'une des rares dispositions de la loi, en matière de conflits de privilèges. L'article 2102-4° alinéa 3 Code civil, décide, en effet, que le bailleur d'immeuble doit primer le fournisseur non payé, sur le prix des meubles vendus par ce dernier et garnissant les locaux occupés par le locataire. Voilà donc le vendeur sacrifié au créancier nanti.

D'ailleurs, pour qu'il en soit ainsi, il faut, bien entendu, que le créancier nanti soit de bonne foi. La loi elle-même l'exige, dans l'hypothèse spéciale prévue par l'article que nous venons de citer, et les auteurs, à bon droit, ont généralisé la solution.

S'agit-il maintenant d'un conflit du conservateur de la chose avec un gagiste ou un vendeur ? La priorité est subordonnée, ici, non plus à une question de possession, mais à une question de date. L'on admet que le conservateur sera primé par le vendeur ou le gagiste, si, du moins, les frais qu'il a faits ont été déboursés par lui avant la vente ou la constitution du gage. Si, à l'inverse, ces dépenses n'ont été exposées que postérieurement,

1 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., t. 1, p. 564, n° 763 ; et Planiol, op. cit., t. II, p. 824, n° 2638.

vendeur ou gagiste ne viendront qu'après le conservateur.[1] La raison ? C'est que ce dernier, par ses sacrifices, a conservé le gage de ses compétiteurs. Il a fait leur affaire. Sa créance apparait comme dette personnelle du vendeur ou du gagiste, qui, sans lui, auraient vu leur sûreté anéantie. Et ce raisonnement explique, du même coup, pourquoi le conservateur se trouve primé, quand ses dépenses sont antérieures à la vente ou au gage. Sans son intervention, sans doute, il y aurait eu perte de la chose, mais, par voie de conséquence, vente et nantissement n'auraient pas été conclus.

Enfin, *quid juris*, si nous supposons aux prises des créanciers de même qualité, invoquant des privilèges de même nature, deux vendeurs par exemple, ou deux gagistes, ou deux conservateurs ? Il semble que la loi nous commande de les faire venir en concours, au marc le franc. L'article 2.097 nous dit, en effet, que les créanciers se trouvant « dans le même rang » doivent être « payés par concurrence. » Et pourtant, ici encore, le fondement même des privilèges en conflit nous obligera à examiner la question de date[2].

Entre deux vendeurs successifs, le plus ancien primera le plus récent, puisqu'il est créancier personnel de ce dernier. De même, le second vendeur primera le troisième, et ainsi de suite, à l'infini.

Entre deux gagistes, la règle : « *Prior tempore, potior*

1 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., t. 1er, p. 564, nº 764. Colmet de Santerre, IX, nº 49 *bis*, VIII. Planiol, op. cit., t. II, p. 825, nº 2639.

2 Planiol, op. cit., t. II, p. 825, nº 2640.

jure », applicable au droit réel de gage, fera, de même, préférer le créancier le plus ancien.

Entre deux conservateurs de la chose, au contraire, le plus récent primera les autres: il a conservé leur gage et fait leur affaire.

Telle est la façon dont on classe, généralement, les privilèges mobiliers spéciaux que nous pouvons rencontrer, à propos du fonds de commerce.

Quant au classement des privilèges généraux du droit privé, autres que celui des frais de justice, la loi a bien voulu en épargner le souci à l'interprète, en le règlementant de minutieuse façon: privilèges de droit civil et de droit commercial seront, ainsi, appelés dans l'ordre même de l'énumération légale[1].

Et maintenant, pour en avoir terminé avec les privilèges, il nous suffira de préciser, d'un mot, la situation des privilèges généraux du fisc.

En premier lieu, tout naturellement, ils subiront tous, sans exception, la priorité du privilège pour frais de justice de l'article 2101-1°.

Mais les contributions directes et indirectes, le timbre, passeront avant les créanciers de droit privé, bailleur et gagiste exceptés toutefois, à la condition que leurs droits soient de date antérieure.

1 Nous aurons donc: 1° frais funéraires, art. 2101-2° ; — 2° frais de la dernière maladie, art. 2101-3° (loi du 30 novembre 1892, art. 12) ; — 3° mois de nourrice des enfants élevés hors de la maison (loi du 23 décembre 1874) ; — 4° salaires des gens de service (art. 2101-4°), restitution des retenues sur salaires (loi du 27 décembre 1895) et salaires des ouvriers, employés et commis (art. 549 C. Com.; loi du 28 mai 1838), « au même rang » ; — 5° fournitures de subsistances (art. 2101-5°) ; — 6° indemnités d'accidents (loi du 9 avril 1906), 1898 ; loi du 12 avril.

Les autres privilèges dont le fisc est armé (droits de douanes, frais en matière pénale), ne viendront qu'après les privilèges de l'art 2101.

En résumé, deux classes de privilèges fiscaux: la première précédant, l'autre suivant les privilèges de droit privé[1].

1 Planiol, op cit., t. II, p. 826, nº 2643.

DEUXIÈME PARTIE

DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

Chapitre Premier

DES HYPOTHÈQUES MOBILIÈRES

Il entre, dans la composition du fonds de commerce, nous l'avons vu, des éléments susceptibles d'être hypothéqués selon le droit commun : en vertu de la théorie de l'immobilisation par destination, en effet, le matériel du négociant occupant les locaux affectés au commerce en qualité de propriétaire, pourra se trouver grevé des hypothèques ordinaires de notre droit, de nature immobilière. Mais le fonds de commerce lui-même, et non plus seulement le matériel immobilisé par destination, sera, le cas échéant, frappé d'hypothèques d'une autre sorte, et c'est de ces hypothèques, créées par des lois récentes, que nous allons nous occuper dans ce chapitre premier.

L'on s'est étonné, sans doute, du silence observé plus haut relativement à deux créanciers privilégiés, qui semblaient pourtant de beaucoup les plus dignes d'intérêt : le vendeur du fonds et le créancier nanti. Une étude spéciale leur était nécessairement dûe, dira-t-on. De fait, si l'on consulte la plupart des auteurs, la seule façon dont ils envisagent les conflits possibles de créanciers, sur le

fonds de commerce, consiste, précisément, à comparer le vendeur et le gagiste d'ensemble à tous autres créanciers privilégiés. L'on reconnait, d'ailleurs, que les principes de droit commun deviennent ici insuffisants, et que le classement de ces privilèges d'ensemble doit se régir par d'autres règles que celles applicables aux privilèges ordinaires. Ecoutons M. Albert Wahl, pour ce qui est du créancier nanti : « Bien que son privilège, nous dit-« il,[1] soit considéré par la loi comme dérivant du gage, il « ne peut guère être soumis, en cas de conflit, aux mêmes « règles que le privilège du créancier gagiste ordinaire.» Et dès lors, comme les lois de 1898 et de 1909 ont laissé, sur presque tous les points, carte blanche à l'interprète, l'on assigne, tout à fait arbitrairement, un rang plus ou moins favorable aux deux privilèges en cause, en tranchant leur antagonisme éventuel avec les privilèges du vendeur de meubles, du bailleur, du conservateur de la chose, etc.

Mais il nous a paru que cette manière de procéder, si elle avait été la seule bonne, la seule possible, avant 98 pour le gagiste, avant 1909 pour le vendeur, se trouvait, à l'heure actuelle, en contradiction avec la nature des garanties offertes par les lois nouvelles à ces deux créanciers. Le vocabulaire du législateur, qui s'obstine à nous parler de « privilèges », nous a semblé désuet et désormais inexact. En réalité, à notre sens, il ne saurait être question, à propos du créancier nanti et du vendeur de la loi Cordelet, de privilèges : le gagiste dispose bien

1 Albert Wahl, note au Sirey, 1904, 2, 226.

plutôt d'une hypothèque mobilière, le vendeur, d'une triple hypothèque mobilière privilégiée.

L'on devine l'énorme importance de ces constatations, au point de vue du classement ; pour démontrer leur bien-fondé, nous examinerons d'abord la situation du créancier nanti, parce que c'est lui qui, le premier, a mis à l'ordre du jour la question des protections à accorder aux créanciers d'ensemble, et parce que c'est à son sujet que l'intervention législative s'est manifestée en premier lieu. La situation faite au vendeur ne nous préoccupera qu'ensuite, bien qu'il soit, de par la loi de 1909, toujours préférable au gagiste. L'évolution historique de la matière ne permet pas d'agir autrement.

Section I

DU CRÉANCIER NANTI

Nous avançons que le créancier gagiste d'ensemble, à compter de la loi du 1er mars 1898, et surtout après celle du 17 mars 1909, bénéficie, non plus, comme auparavant, d'un privilège, mais bien d'une hypothèque mobilière. Il est donc indispensable, pour mettre en lumière ce changement, de préciser la situation du créancier nanti avant et après 1898, avant et après 1909, afin d'être en mesure de souligner les différences, et de faire ressortir les progrès du droit.

SITUATION DU CRÉANCIER NANTI AVANT 1898

La coutume des nantissements d'ensemble sur fonds de commerce prit naissance vers la seconde moitié du XIXe siècle. Elle est la conséquence d'un besoin général de crédit qui se fit alors sentir au commerce : la loi du 22 juillet 1867 ayant aboli la contrainte par corps, en matière commerciale, la garantie personnelle que le négociant pouvait offrir perdit beaucoup de sa valeur, et force lui fut de rassurer son prêteur en lui conférant des garanties réelles.

Mais nous avons vu que le seul commerçant propriétaire de l'immeuble à usage commercial, se trouvait dans la possibilité de recourir à l'hypothèque, et encore pour partie seulement. Le commerçant locataire n'avait, lui, à son service que le gage. Sans doute, la loi du 28 mai 1858, sur les magasins généraux et les warrants, la loi du 23 mai 1863 sur le gage commercial, étaient venues faciliter l'emploi de ce mode de sûreté; mais encore fallait-il, pour pouvoir en tirer profit, posséder des marchandises de réserve ou des objets mobiliers de prix. Inutile d'ajouter que c'était là l'exception, beaucoup plus que la règle. Dès lors, le commerçant fut amené à se demander s'il ne pourrait pas faire flèche de quelque autre bois : « Depuis le jour où la suppression de la contrainte par corps accentua l'utilité des sûretés réelles, écrit M. Charles Robert[1], les commerçants avaient dû naturellement mettre à profit les divers éléments de crédit de leur patrimoine. Le petit commerce, en particulier, ordinairement privé des moyens spéciaux d'emprunt que le négociant en gros trouve aisément dans ses immeubles, dans ses marchandises en magasin ou en cours de route, avait cherché à utiliser la valeur de cet ensemble d'éléments divers dont la réunion constitue ce qu'on est convenu d'appeler un fonds de commerce. »

Mais par quels moyens pratiques utiliser cette valeur de crédit ?

Le seul instrument du gage pouvait être employé. Or, comment donner en gage un fonds de commerce,

1 Note au Dalloz, 1901, 2, 97, § 1.

étant donné les règles exposées plus haut, exigeant, pour la validité de ce contrat, certaines conditions, et particulièrement le dessaisissement du débiteur ?

Le plus simple était, bien évidemment, de donner en gage séparément les éléments divers du fonds, en observant, pour chacun d'eux, les formalités appropriées à sa nature. Ainsi, le commerçant pouvait, tout d'abord, constituer un nantissement sur tout ou partie du matériel, pourvu qu'il mît le créancier gagiste en possession effective[1]. De même, le contrat partiel pouvait porter sur les marchandises : un usage courant permettait de les warranter ou de les mettre en gage, en cours de route, par la remise au créancier de la lettre de voiture, ou bien encore du connaissement[2].

De même encore, le droit au bail pouvait être donné en gage : créance de nature mobilière, il n'était besoin, pour que l'opération fût parfaite, que d'une signification du contrat de nantissement au débiteur, en l'occurrence le bailleur d'immeuble, et de la remise du bail au créancier[3]. Enfin, les marques de fabrique, les brevets d'invention étaient susceptibles de permettre un recours au crédit de même sorte, et l'on admettait couramment que la seule formalité à accomplir, dans ce cas, était la remise par le débiteur au créancier du brevet ou du certificat de dépôt de la marque[4].

1 Comm. Seine, 3 sept. 1890, Gaz. Trib. 21 sept. 1890.

2 Cass., 31 mai 1892, S. 94, 1, 81 ; Cass., 9 avril 1894, D., 94, 1, 409.

3 Cass. Civ., 3 avril 1859, D., 59, 1, 167 ; Paris, 31 mai 1866, D., 67. 2, 10 ; 21 juillet 1892, D., 93, 2, 108.

4 Lyon-Caen et Renault, III, nos 283 et suiv.

Mais, toutefois, la mise en gage de chaque élément du fonds pris individuellement ne laissait pas d'être imparfaite; d'abord, le procédé restait inapplicable à certains éléments : comment, en effet, constituer un nantissement sur la clientèle, l'achalandage, sur l'enseigne et le nom commercial ? Ici, la difficulté était insoluble.

D'un autre côté, outre que le détail compliqué des formalités différentes à remplir rendait cette façon d'opérer peu pratique, ce fractionnement du fonds de commerce, au point de vue de sa dation en nantissement, diminuait sensiblement sa puissance de crédit. Le bénéfice de cette réaction de valeur que nous avons signalée, et qui résulte de ce fait que le fonds est considéré dans son ensemble, se trouvait perdu. N'y avait-il donc aucun moyen de donner en gage le fonds de commerce lui-même, *in globo* ?

Des tentatives s'affirmèrent. Mais elles soulevèrent, aussitôt, un délicat problème. C'est qu'en effet, pour la mise en gage, en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile, pour un meuble incorporel aussi bien que pour un meuble corporel, la dépossession du débiteur est impérieusement exigée. Or, le commerçant emprunteur ne pouvait, bien évidemment, songer à se dessaisir de son fonds, et, d'autre part, le prêteur se serait assez mal trouvé d'être contraint de le gérer. Comment sortir d'embarras ?

L'on imagina alors d'opérer « la remise au créancier de l'acte d'acquisition du fonds, ainsi que du bail des lieux où le fonds était exploité, et la notification du nantissement au bailleur, considéré comme débiteur de

l'obligation de faire jouir le preneur[1]. » L'on prétendit que les formalités ainsi accomplies étaient suffisantes, et que, de leur observation, un véritable droit de gage devait résulter. Mais quel accueil cette prétention allait-elle recevoir de la part des Tribunaux, alors qu'en matière de gage, une jurisprudence bien établie, si nous en croyons l'annotateur du Dalloz sous un arrêt de la Cour de Paris du 26 Juillet 1851[2], « se prononçait pour la nécessité d'une tradition matérielle » ?

Quelques jugements, à la question de savoir si la constitution d'un pareil nantissement était possible, répondirent par un non catégorique. Les motifs qu'ils invoquaient pour justifier leur solution étaient divers : les uns excipaient de ce que le fonds de commerce contenait dans son sein des éléments immatériels, comme la clientèle, l'achalandage, dont la nature même répugnait à l'idée de gage[3]; d'autres prétendaient que l'article 2076 du Code Civil, par la généralité de ses termes, s'opposait formellement à ce que l'on reconnût la validité d'un nantissement quelconque sans dessaisissement effectif ; certains allaient même jusqu'à avancer que le dessaisissement du débiteur, entraînant comme conséquence la transmission de l'exploitation du fonds au créancier ou à un tiers convenu, était de nul effet et impraticable, attendu qu'il y avait là la condition impossible prévue par l'article 1172 du Code Civil, l'exploitation ne pouvant, manifestement, être

1 M. A. Bernus, op. cit., Proposition de loi, p. 43, nº 38.

2 Dalloz, 1852, 2, 219 (note 4).

3 Comm. Seine, 21 novembre 1895, Gaz. Pal. 96, 1, 194.

confiée à un gérant irresponsable, sans qualité pour engager le propriétaire du fonds[1].

Ces assertions de la jurisprudence s'étayaient,d'ailleurs, de l'approbation de quelques auteurs. Et M. Thaller, notamment, concluait à l'impossibilité du nantissement global ; selon lui, seuls les éléments étaient susceptibles d'être donnés en gage, pour lesquels les prescriptions des articles 2075 et 2076 du Code Civil pouvaient être observées[2].

Mais cette opinion rigide et absolue méconnaissait à un point tel les aspirations du monde commercial, qu'elle n'avait aucune chance d'être communément acceptée. La jurisprudence allait reconnaître, en principe, la légitimité du nantissement d'ensemble sur fonds de commerce, et la doctrine, venant à son secours, s'ingénia nous l'avons vu, à lui souffler des arguments.

Mais si l'accord se fit, d'une façon générale, sur le principe même, des divergences sensibles allaient se manifester, sur le point de savoir quelles formalités devaient être considérées comme suffisantes, pour la validité d'un tel nantissement. A ce propos, juridictions civiles et commerciales opposèrent leurs décisions respectives, en un duel mémorable de jurisprudence.

D'après les Tribunaux consulaires, le nantissement d'ensemble était chose possible, sans doute, mais, pour sa validité, il était indispensable que le propriétaire du fonds se dessaisît, non seulement des éléments matériels, mais du fonds lui-même, tout entier, en se

1 Comm. Seine, 18 janv. 1896, S., 97, 2, 89 (6e espèce).

2 Thaller, *Annales de droit commercial*, 1889, Doctrine, p. 221.

remettant du souci de son exploitation au créancier gagiste, ou à un tiers convenu[1].

On voit qu'ainsi l'observation de la règle essentielle du contrat de gage était exigée : le nantissement sur fonds de commerce restait bien, comme toutes autres variétés de gage, un contrat réel. Mais cette exigence, si elle était conforme à l'essence juridique du contrat, allait aboutir, inévitablement, à en rendre l'usage impossible. En effet, comment le négociant aurait-il pu consentir à transmettre son fonds à un prêteur, alors que la prospérité d'une exploitation commerciale dépend presque uniquement des aptitudes professionnelles de l'exploitant, et que le gagiste ne présentera le plus souvent, sous ce rapport, aucune garantie ? Et d'ailleurs, quel bailleur de fonds se serait soucié d'assumer la charge et la responsabilité d'une pareille gérance ? Quant à recourir à l'intervention d'un tiers convenu, qui, naturellement, aurait réclamé une contre-valeur de sa peine, c'était là un expédient trop onéreux.

Ainsi, les exigences des juridictions consulaires aboutissaient à une possibilité du nantissement sur fonds de commerce purement théorique. Et un pareil résultat n'était pas, d'ailleurs, pour déplaire aux partisans de l'opinion qui l'entraînait : en effet, ils adressaient au nantissement sans dépossession effective le grave reproche de faciliter la fraude : « Un principe certain,

1 Comm. Seine, 9 janvier 1892, J., Trib. Comm. 93. 162 ; 24 août 93 et 14 avril 94, S., 97, 2, 89 (1re et 3e esp.) ; 13 déc. 94, Gaz. Pal. 95, 1, 67 ; 26 février 95, S. 97, 2, 89 (5e esp.) ; 16 août 95, Gaz. Pal. 95, 2, 348 ; 6 mars 96, ibid., 96, 1, 591 ; 28 oct. 96, ibid., 98, 2, 603 ; Comm. Saint-Etienne, 10 janv. 94, S. 97, 2, 89 (2e esp.) ; Comm. Lyon, 10 mai 98, Gaz. Pal., 98, 2, 289.

déclarait le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne[1], domine en matière de gage : il faut que le débiteur se dessaisisse et, de plus, se dessaisisse ostensiblement ; que, par sa dépossession, fasse sortir la chose de ses mains et que ce passage annonce aux tiers qui ont à traiter avec lui qu'il est appauvri de cette chose ; la sécurité du commerce exige que ce déplacement montre la mesure du crédit qu'il convient d'attribuer au débiteur. » Mais, tout au contraire, le caractère occulte du nantissement que la pratique prétendait employer, laissait au commerçant, après la mise en gage de son fonds, un crédit factice, qui pouvait donner lieu à bien des surprises fâcheuses.

Et cependant, les juridictions civiles, pénétrées sans doute de la nécessité de doter les commerçants d'un instrument de crédit utilisable qui leur faisait défaut, entrèrent en lutte avec les Tribunaux de Commerce, et se prononcèrent nettement pour la validité du nantissement sans dépossession effective. Sans doute, à l'origine, la jurisprudence civile exigeait bien, d'une façon générale, une stricte tradition réelle, en matière de gage ; mais, sous la poussée des besoins nouveaux, un revirement se produisit, et, dès après 1850, une nouvelle tendance s'affirma, validant le nantissement sur fonds de commerce, sans dépossession. C'est cette jurisprudence neuve qui trouva sa consécration dans un arrêt de Cassation du 13 mars 1888[2], arrêt dont la portée n'échappa à personne, que commentent longuement les

1 Saint-Etienne, 10 janv. 1894, Gaz. Pal. 94, 1, 152.

2 (Ch. Req.), D., 1888, 1, 351 ; S. 88, 1, 302 ; Pand. fr. 88, 1, 33.

traités et les monographies, et à l'esprit duquel les Cours d'appel allaient conformer leurs décisions.

Cet arrêt du 13 mars 1888, validant le gage sans dépossession effective du fonds de commerce, considérait comme suffisantes les seules formalités proposées par la pratique : 1° signification du contrat de nantissement au propriétaire bailleur d'immeuble ; 2° remise au créancier gagiste des titres constatant les droits du commerçant (acte d'acquisition du fonds, à titre onéreux, par donation ou par legs, acte liquidatif de succession ou de communauté, acte de bail). On le voit, on créait ainsi, par une remarquable hardiesse prétorienne, une sorte de mise en possession symbolique, succédanée de la tradition matérielle reconnue impraticable.

Les Cours d'appel suivirent la Cour de Cassation dans cette voie. Leur opinion la plus générale était que la mise en possession symbolique inventée suffisait dans tous les cas, le fonds de commerce constituant toujours, à leur sens, une universalité incorporelle[1]. Mais certaines cours jugèrent bon de faire une distinction quelque peu subtile, avec, peut-être, l'arrière-pensée de se réserver, le cas échéant, le pouvoir d'annuler certains nantissements : à les en croire, il aurait fallu examiner, dans chaque hypothèse, quels éléments du fonds de commerce étaient, dans son sein, les plus importants. Si les éléments incorporels prédominaient,

1 Grenoble, 16 avril 1886, sous Req. 13 mars 1888 précité ; Paris, 21 juillet 92, D. 93, 2, 108 ; 26 fév. 95, S. 97, 2, 89 ; Lyon, 14 mars 95, et Paris, 4 janv. 96, S. 97, 2, 89 ; 6 juin 96 D. 96, 2, 471 ; 22 oct. 96, D. 97, 2, 343 ; 24 déc. 96, D. 98, 2, 24 ; 7 août 97, D. 98, 2, 437 ; 2 nov. 98, Pand. fr. 1900, 2, 98 ; Amiens, 29 janv. 98, *Ann. dr. Comm.*, 98, p. 349.

l'ensemble était lui-même incorporel, signification et remise des titres suffisaient. Les éléments corporels étaient-ils au contraire prépondérants, l'ensemble fonds de commerce était lui-même corporel[1] et, dès lors, la tradition symbolique n'était plus de mise, une dépossession effective s'imposait.

Nous n'avons pas à entrer ici dans le détail des objections soulevées par la jurisprudence des Cours d'appel. Qu'il nous suffise de rappeler, brièvement, que ces objections, à la fois d'ordre juridique et d'ordre pratique, reprochaient aux arrêts, d'une part, la violation de l'article 2.076 du Code Civil, exigeant la tradition réelle, et, d'autre part, les périls auxquels le monde des affaires allait se trouver exposé. En effet, les tiers qui traitaient avec un commerçant étaient dans l'impossibilité de se renseigner efficacement sur la solidité de son crédit. Le fonds de ce commerçant était-il grevé de nantissement ou était-il libre ? cela restait pour eux une énigme indéchiffrable. Seul le bailleur était avisé, qui n'avait rien à craindre, son privilège ayant le pas sur celui du gagiste, d'après l'opinion commune. Une pareille situation était, sans contredit, de nature à faciliter bien des abus.

D'ailleurs, le conflit qui s'était élevé entre les juridictions civiles et commerciales, loin de s'apaiser, s'exaspéra et parvint à un singulier degré d'acuité. L'incertitude et le désordre régnaient. C'était là, comme on l'a dit, un véritable scandale, et le législateur dut intervenir.

1 V. notamment Paris, 7 nov. 98, D. 99, 2, 196.

Mais, avant d'envisager cette intervention, de préciser son but et d'examiner s'il fut atteint, il nous faut déterminer la condition du créancier nanti sur fonds de commerce, avant le vote de la loi du 1er mars 1898. Quel est au juste ce créancier? dans quelle catégorie convient-il de le faire rentrer, au point de vue d'un classement? Il nous paraît incontestable que le gagiste d'ensemble sur fonds de commerce, avant 1898, est bel et bien un créancier privilégié, et n'a rien de commun avec un créancier hypothécaire.

En effet, avant 1898, ou bien l'on considère que le contrat de gage est un contrat réel dans son essence, et que la nécessité d'une dépossession effective s'impose, en notre matière comme en toute autre. Et dès lors, si cette condition de la dépossession effective se trouve remplie, nous serons en présence d'un gagiste, sans aucun doute. Ou bien l'on se pose la question de savoir si, par une concession bienveillante, la tradition matérielle ne pourrait pas être remplacée ici par un équivalent, par une mise en possession symbolique.

Mais alors, de deux choses l'une; ou bien l'on repousse cette idée d'une tradition symbolique, l'on estime qu'elle ne peut suffire et, par conséquent, le nantissement est annulé, le créancier ravalé au rang des créanciers chirographaires; ou bien l'on considère cette tradition symbolique comme suffisante. Or, dans cette dernière opinion, le créancier nanti reste un véritable gagiste : on exige toujours une tradition ; la règle essentielle du gage n'est pas violée. On se borne à montrer moins d'intransigeance, à accepter plus de souplesse dans les formes du contrat. La

rigueur de la tradition réelle cède la place à la tolérance de la tradition symbolique, mais il y a toujours et quand même une tradition, il y a toujours un gagiste.

Et partant, le créancier nanti aura bien à son service, pour sa sûreté, un privilège, qui devra être classé comme tel. Évidemment, l'on pourra se demander, avec M. Wahl[1], s'il ne conviendra pas de se servir, à propos de ce privilège global, de règles quelque peu différentes de celles applicables au gagiste ordinaire. Mais ce sera tout. Il faudra, pour résoudre le problème du classement de ce privilège d'ensemble, le supposer en collision, successivement, avec tous les privilèges de droit civil ou de droit commercial susceptibles de lui disputer le prix du fonds de commerce réalisé.

En un mot, le créancier nanti sur l'ensemble fonds de commerce est bien, avant la loi du 1er mars 1898, un créancier gagiste, privilégié.

1 Note au Sirey, 1904, 2, 226.

SITUATION DU CRÉANCIER NANTI DE 1898 A 1909

Les divisions de la jurisprudence, avant 1898, constituaient un état de choses qui ne pouvait se maintenir. En effet, en dehors même de la fâcheuse incertitude où se débattaient les commerçants, les systèmes opposés des Cours d'appel et des Tribunaux de Commerce présentaient des inconvénients d'une égale gravité. La théorie des juridictions consulaires, par l'exigence de la dépossession effective, aboutissait à rendre impossible l'usage du fonds de commerce comme instrument de crédit, à mettre le fonds de commerce hors du commerce; d'un autre côté, les juridictions civiles sacrifiaient des intérêts respectables et, en validant les nantissements occultes, laissaient la porte ouverte à des fraudes nombreuses. Le législateur fut vivement sollicité d'intervenir. Qu'avait-il à faire?

Si le principe du nantissement d'ensemble était admis, il convenait, pour sauvegarder les droits des divers intéressés, de se préoccuper, à la fois, et de ménager le crédit du commerçant emprunteur, et d'empêcher ses créanciers d'être trop facilement induits en erreur sur la solidité de ce crédit. L'on fut unanime à reconnaître que ce double but ne pouvait être atteint que par l'abandon de l'exigence du dessaisissement effectif, et l'organisation d'une certaine publicité des nantissements sur fonds de commerce[1].

1 WAHL, note S. 97, 2, 89 ; MAGNIER et PRUVOST, *Du Nantissement constitué sur les fonds de commerce*, n° 34.

Pour la publicité à imposer, certains songèrent, tout d'abord, à étendre simplement à la matière les règles hypothécaires; et M. Poulain de Corbion[1], notamment, proposa que le nantissement fût porté à la connaissance des intéressés par voie d'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. L'on eût ainsi, bien évidemment, introduit en notre matière l'idée de l'hypothèque mobilière. Mais, d'autre part, MM. Magnier et Pruvost déclaraient se contenter de l'insertion d'un extrait du nantissement dans un journal d'annonces légales.

Or, le législateur opta pour un troisième mode de publicité, et la loi du 1er Mars 1898, due à l'initiative de M. Millerand, était conçue en ces termes :

« L'article 2075 du Code Civil est ainsi complété : « tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à « peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un « registre public, tenu au Greffe du Tribunal de « Commerce dans le ressort duquel le fonds est « exploité. »

Cette loi de 1898 était attendue par le monde commercial avec une vive impatience : l'on espérait tout d'elle, et notamment qu'elle viendrait mettre fin aux contradictions de la jurisprudence. Hélas, la loi nouvelle, bien loin de faire cesser ces contradictions, les augmenta. Avant son vote, il n'y avait du moins que deux courants opposés de décisions judiciaires ; après sa promulgation, les controverses se multiplièrent, au

1 Poulain de Corbion, *France Vinicole*, cité par MM. Magnier et Pruvost, op. cit., nº 34.

sujet des formalités requises pour la validité du nantissement. Dans le chaos des jugements et des arrêts, l'on peut, à grand'peine, discerner quatre opinions.

La première [1] soutenait que la loi du 1er Mars 1898, tout en exigeant l'accomplissement d'une formalité nouvelle, l'inscription au greffe, n'avait en aucune façon modifié le droit antérieur. Il fallait donc, dans cette opinion, pour que le nantissement fût valable, une signification au bailleur et la remise des titres au créancier gagiste, en dehors de l'inscription sur les registres du greffier.

Une deuxième opinion[2] exigeait, elle aussi, la remise des titres de propriété, en sus de l'inscription au greffe. Mais elle abandonnait la nécessité de la signification au bailleur. La loi de 1898, affirmait-elle, déroge à l'article auquel elle est ajoutée, à l'article 2075. Cet article 2075 sera donc tenu en échec. Mais l'article 2076, lui, reste debout et intact : il devra conserver une entière autorité.

Un troisième système de jurisprudence[3] prétendait que l'inscription au greffe devait suffire, si l'élément prédominant du fonds était incorporel, mais que, dans l'hypothèse contraire, l'élément primordial se trouvant de nature corporelle, le dessaisissement effectif était indispensable, sans compter, bien entendu, l'inscription au greffe, exigible dans tous les cas.

1 Trib. Comm. Seine, 15 nov. 1899, Journ. Trib. comm. 1901, 291 ; 29 mars 1900, D. P. 01, 2, 97 ; Paris, 14 mars et 1er août 1900, D. P. 01, 2, 97 ; S. 01, 1, 153 ; Trib Comm. Caen, 16 mars 1901, Rec. du Havre, 01, 2, 97.

2 V. notamment Rennes, 27 juin 1901, Gaz. Pal. 01, 2, 120.

3 Comm. Seine, 10 avril 1901, La Loi, 1er mai 1901 ; 11 oct. 1901, La Loi, 30 nov. 1901 ; 2 nov. 1911, le Droit, 4 déc. 1901.

Le législateur de 1898, il faut le dire, était en grande partie responsable de ces flottements jurisprudentiels : soucieux de faire solutionner en hâte par l'affirmative la question de principe du nantissement d'ensemble sur fonds de commerce, il avait, de parti pris, négligé de mûrir un projet détaillé et complet. L'expérience a montré, une fois de plus, le grave danger de cette façon d'agir.

D'ailleurs, l'on doit ajouter que, si le laconisme de la loi du 1er mars 1898 encouragea certains errements, du moins la majeure partie des Cours et des Tribunaux surent donner de la loi une saine interprétation. L'esprit de cette loi n'était pas douteux, en effet, si la lettre en était quelque peu ambigüe ; et, dans une quatrième opinion, la plus répandue en jurisprudence dès le lendemain de la loi du 1er mars, et qui ne discontinua point de gagner chaque jour de plus nombreux prosélytes, l'on soutenait que le législateur de 1898 avait voulu rompre nettement avec les expédients de la pratique antérieure, les répudier de façon absolue, en leur substituant une formalité unique, suffisante à elle seule : l'inscription au greffe[1].

Que telle ait été vraiment l'intention des auteurs de la loi, c'est ce qui ressort, avec évidence, des travaux préparatoires. L'on s'étonne même que l'on ait pu discuter sérieusement la question. La chose resterait incompréhensible, si l'on ne se rappelait l'hostilité de certaines juridictions contre le principe même de la

1 Voir, dans ce sens, les très nombreuses décisions citées par MM. Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 313, note 2.

mise en gage des fonds de commerce, hostilité qui, même après 1898, ne désarmait point, et les amenait à tenter d'annuler les contrats de nantissement, par tous les moyens possibles.

Les travaux préparatoires sont, disons-nous, concluants. Il suffit, pour s'en bien persuader, de parcourir le Rapport de M. Thézard au Sénat. Après avoir examiné les diverses modifications apportées par la Commission sénatoriale au texte voté par la Chambre des Députés, le rapporteur ajoutait : « Il en est une cependant qui touche au fond des choses, et dont il est nécessaire de signaler la portée, qui pourrait passer inaperçue au premier coup d'œil. Le texte voté par la Chambre débutait par ces mots : « en outre, la dation en nantissement..... » Les mots : « en outre » ont disparu de notre rédaction, et il en résulte une différence notable. D'après la proposition votée à la Chambre, la publicité par voie de mention sur un registre était une condition s'ajoutant à celle déjà indiquée dans la première partie de l'article 2075, savoir : la notification du titre au débiteur, c'est-à-dire qu'on avait maintenu la règle reconnue par l'arrêt de la Cour de Cassation de 1888, la nécessité de la signification au propriétaire locateur. Par la suppression des mots : « en outre », nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même, en matière de nantissement de fonds de commerce. Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur ; elle n'ajoute rien à la sauvegarde des tiers qu'il s'agit de protéger[1]. » Le texte, avec cette modification résultant

1 *Officiel* du 20 fév. 1898, Sénat, doc. parl., p. 811, col. 2 et 3.

de la suppression des mots : « en outre », fut voté successivement par les deux Chambres. Vit-on jamais volonté législative plus nette, plus précise, plus formelle?

Aussi l'opinion considérant l'inscription au greffe comme une formalité se suffisant à elle-même triompha-t-elle aisément, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Les décisions rendues dans ce sens furent nombreuses, et la Cour de cassation, appelée à se prononcer, consacra la théorie : « Attendu, déclare-t-elle dans un arrêt du 5 janvier 1904[1], que la loi du 1er mars 1898 a eu un double but : 1° consacrer, en matière de fonds de commerce, un gage sans dessaisissement; 2° régler, d'une manière efficace, la publicité du nantissement; qu'elle crée une réglementation complète qui, bien qu'insérée dans l'article 2075, n'emprunte rien aux dispositions de cet article et se suffit à elle-même; que la suppression des mots « en outre », par lesquels débutait, dans le projet de loi primitif, le nouvel alinéa de l'article 2075, indique bien nettement la volonté formelle du législateur à cet égard. »

Ainsi donc, l'œuvre de la loi de 98 peut se résumer de la façon suivante : tout d'abord, le nantissement d'ensemble sur fonds de commerce est désormais, incontestablement, possible et licite. D'autre part, sa validité vis-à-vis des tiers résulte d'une simple inscription au greffe du Tribunal de Commerce, nécessaire et suffisante.

Mais ces innovations législatives allaient poser aux jurisconsultes un problème fort délicat à résoudre :

1 Civ. rej., 5 janvier 1904, D., 1904, 1, 47 ; S., 1904, 1, 133 ; Gaz. Pal., 1904, 1, 95.

quelle était au juste cette sûreté que le créancier nanti, inscrit au greffe, aurait sur le fonds ? était-ce véritablement, comme par le passé, un droit de gage, un privilège ?

Nous avons en effet signalé qu'avant 1898, la pratique observait, pour la dation en nantissement d'un fonds, des formalités : signification au bailleur et remise des des titres, qui constituaient une mise en possession du créancier nanti, mise en possession symbolique sans doute, mais mise en possession malgré tout. L'exigence essentielle du contrat de gage se trouvait ainsi respectée. Et nous étions, bien certainement, en présence d'un gagiste.

Mais dorénavant, voici que cette mise en possession symbolique est elle-même supprimée, que signification et remise sont déclarées inutiles, qu'une simple inscription suffit. Plus de dépossession : pourrons-nous encore parler de gage ? Ou bien faudra-t-il qualifier autrement le droit du créancier nanti ? La question passionna la doctrine, et trois opinions se firent jour : la première voit dans le droit du créancier nanti un véritable droit de gage ; la seconde, une variété de sûreté nouvelle et originale : un gage sans dépossession ; la troisième, enfin, soutient que la loi du 1er mars 1898 a créé une hypothèque mobilière sur fonds de commerce.

La première opinion est donc que le droit du créancier nanti, après 1898, comme avant, reste bel et bien un droit de gage. Pour sa démonstration, l'on faisait remarquer que le législateur n'avait eu aucunement l'intention de rien changer au fond du droit, que son seul souci avait été d'assurer la protection des intérêts en cause,

en organisant une publicité efficace. Pour bien marquer sa volonté, disait-on, il s'est borné à modifier l'un des articles relatifs au contrat de gage ; et d'ailleurs, M. Millerand, dans son Rapport, ne s'est-il pas défendu « d'aborder le grave problème du contrat de gage et les modifications qu'on pourrait proposer à la constitution du nantissement des choses mobilières » ?

D'autre part, ajoutait-on, la loi du 1er mars 1898 n'a pas supprimé de façon aussi absolue qu'on veut bien le dire, la nécessité de la dépossession. Sans doute, nous ne sommes plus en présence de la dépossession effective exigée, avant 1898, par les Tribunaux Consulaires ; sans doute encore, la dépossession symbolique de la signification et de la remise n'existe plus ; mais, du moins, nous trouvons encore, même après la loi du 1er mars, une dépossession fictive, qui fait que le négociant propriétaire du fonds de commerce continue bien de posséder, mais pour compte du créancier gagiste[1]. Cette dépossession fictive, elle résulte de l'inscription au Greffe ; pareille formalité suffit, pour conférer au créancier, suivant une expression du Tribunal de Commerce de Bordeaux[2], « la détention juridique » du fonds de commerce, équivalant à la détention matérielle d'un objet mobilier donné en gage. Enfin, observait-on, si le législateur avait songé à modifier la nature du droit du créancier nanti, il n'aurait certes pas manqué de s'en expliquer expressément.

1 R. Lesur, *Du Nantissement des fonds de commerce*, Paris, 1901, p. 79.

2 Trib. Comm. Bordeaux, 27 avril 1904, *Mémorial de Bordeaux*, 1904, 1, 136.

Que faut-il penser de cette opinion ? En réalité, elle parait difficilement soutenable. Tout d'abord, la place de la loi du 1er Mars dans le Code Civil, et le passage cité du Rapport Millerand constituent des arguments qui se retournent contre ceux qui les invoquent : et en effet, la pensée de M. Millerand était bien de considérer le créancier nanti comme un gagiste ; en proposant son projet, il précisait clairement que l'opinion générale voyant dans le fonds de commerce un meuble incorporel, et faisant application de l'article 2075 à l'occasion de sa mise en gage, adoptée par lui, devait l'être par la loi. En conséquence, le projet maintenait la nécessité de la signification, de même que celle de la remise des titres ; la formalité de l'inscription au Greffe ne devait être que complémentaire. Les mots : « en outre », qui figuraient dans sa rédaction primitive, le démontraient. Et, sans nul doute, si l'opinion de M. Millerand avait triomphé, le créancier nanti aurait été, même après 98, un gagiste.

Mais la conception de M. Millerand a succombé devant les Chambres. M. Thézard, en obtenant la suppression des mots : « en outre », a fait de l'inscription une formalité unique, se suffisant à elle-même. Si l'on a inséré, malgré tout, la loi nouvelle, avec sa modification, dans l'article 2075 du Code Civil, c'est là pure inadvertance. En réalité, cette place, qui se comprenait avec le projet primitif, n'a plus, après la retouche, aucune signification, et le Rapport Millerand ne saurait être invoqué. De même, le maintien de la généralité de termes des articles 2076 Code Civil et 92 Code Com-

merce, que certains tribunaux signalaient comme réclamant toujours une dépossession effective et imposant l'idée de gage, ne s'explique que par l'étourderie d'un législateur qui a oublié, tout simplement, d'harmoniser certains textes avec la réforme accomplie[1].

D'autre part, prétendre que l'inscription au Greffe suffit pour entraîner une dépossession fictive, une « détention juridique », n'est-ce pas quelque peu excessif? La différence essentielle entre le gage et l'hypothèque est que le gage exige une mise en possession du créancier et que l'hypothèque ignore pareille nécessité. Mais pourtant l'hypothèque est sujette à inscription, elle aussi, sur les registres du conservateur. S'est-on jamais avisé d'en prendre prétexte pour soutenir que le créancier hypothécaire a, de ce chef, la détention juridique de l'immeuble objet de son droit, et qu'il doit, en conséquence, être considéré comme un gagiste ? A la vérité, cela n'est guère sérieux.

Mais l'on insiste, à propos de cette idée de dépossession fictive, et l'on soutient que le créancier nanti sur fonds de commerce est dans une situation absolument identique à celle d'un autre créancier, le bailleur d'immeuble, qu'une doctrine unanime reconnaît comme gagiste. Le droit de gage de ce créancier nanti serait analogue au droit de gage du propriétaire locateur sur les meubles garnissant les lieux loués; la possession fictive du créancier gagiste sur fonds de commerce serait le pendant de celle du bailleur: de même qu'il est admis que le propriétaire possède les meubles du locataire par

1 Cf. Boutaud et Chabrol, op. cit., nº 294, p. 313.

l'intermédiaire de son immeuble, il faudrait admettre que le créancier nanti possède, d'une manière analogue, le fonds de commerce à lui donné en nantissement. Mais cette prétendue analogie ne peut évidemment se soutenir, et M. Percerou en a fait justice : « La possession indirecte d'où l'on prétend faire dériver le droit du créancier nanti n'existe pas. Sans doute, vis-à-vis du bailleur, on peut dire, à la rigueur, qu'il possède les meubles par l'intermédiaire de l'immeuble qu'ils garnissent, parce qu'il est propriétaire de cet immeuble. Mais comment dire que le créancier nanti possède le matériel par l'intermédiaire du fonds de commerce, puisqu'il n'a pas la propriété de ce fonds? En réalité, l'on ne se trouve pas ici en présence d'un gage[1]. » M. Percerou est conduit, par l'espèce de l'arrêt commenté, à ne parler que du matériel, mais l'on peut bien évidemment généraliser et dire : comment le créancier nanti posséderait-il le fonds de commerce lui-même, par l'intermédiaire d'un immeuble dont, par hypothèse, il n'a pas la propriété ?

Non, en vérité, après 1898, la seule formalité constitutive du nantissement se réduisant à une inscription au greffe du Tribunal de Commerce, il n'y a plus à parler de dépossession, fictive ou autre. Et, par cela même, la dépossession du débiteur étant de l'essence du contrat réel de gage, le créancier nanti sur fonds de commerce ne saurait plus, en aucune façon, être considéré comme un gagiste pur et simple.

Une deuxième opinion intervenait alors. A quoi bon,

1 Note sous Rouen, 14 nov. 1908, D., 1911, 2, 313, § II, a.

disait-elle, ne prononcer, à propos du créancier nanti de la loi du 1er mars 1898, que les seuls mots de gage ou bien d'hypothèque mobilière ? Est-on fatalement obligé de regarder le créancier nanti comme un gagiste véritable, ou comme un authentique créancier hypothécaire ? Ne faut-il pas, bien plutôt, tenir compte de l'incessante évolution du droit, le suivre dans sa marche en avant, et, sans essayer ridiculement de maintenir à jamais la rigidité des mêmes principes, convenir que ces principes peuvent s'assouplir, s'adapter à des nécessités nouvelles ? Est-il possible au jurisconsulte de s'immobiliser ? Sans doute, avant 1898, le négociant, s'il se trouvait contraint, dans l'insuffisance de son crédit personnel, d'offrir des garanties réelles, n'avait à sa disposition que deux instruments : l'hypothèque et le gage. Eh bien, le législateur a estimé que cette situation n'était pas satisfaisante pour ce négociant, qu'il était indispensable de venir à son aide, et de lui donner, en réglementant un nantissement sans dépossession, dont la pratique avait eu l'inspiration déjà, et que la jurisprudence, la jurisprudence civile tout au moins, n'avait pas repoussé, la faculté d'utiliser son fonds comme valeur de crédit.

Le droit du créancier nanti, après la loi du 1er mars 1898, est donc une chose toute nouvelle, jusqu'alors ignorée, une invention juridique. Ce n'est pas un droit d'hypothèque : le législateur ne l'a certainement pas voulu. Ce n'est pas non plus un véritable droit de gage : ce dernier supposerait la détention matérielle de l'objet du contrat par le créancier gagiste. C'est quelque

chose de tout à fait original, qui participe à la fois du gage et de l'hypothèque, et moins de l'hypothèque que du gage, c'est une sûreté hybride, c'est un gage sans dépossession.

L'idée dont se réclame cette théorie et qui sert de point de départ à ses affirmations est sans doute incontestablement exacte. Le droit évolue sans cesse ; il est « mobile comme la vie et comme l'opinion humaine[1] ». Sous des besoins nouveaux, les institutions juridiques se transforment ; nous avons pu juger, sur notre passage, à propos du fonds de commerce et de la notion juridique à lui appliquée, de l'exactitude de la proposition. Il n'y aurait donc aucune impossibilité à ce que le législateur de 1898, consciemment ou non, ait fait une découverte, uue trouvaille, en matière de garanties réelles. Mais en est-il réellement ainsi ?

« Est-on obligé, écrivent MM. Boutaud et Chabrol[2], qui se sont faits les protagonistes de l'opinion que nous critiquons en ce moment, de faire entrer toutes les institutions, qui naissent d'une organisation économique nouvelle, dans le cadre tracé par nos Codes il y a déjà cent ans ? » Non, sans aucun doute. Mais pourtant, si l'institution soi-disant nouvelle rentre tout naturellement dans ce cadre, si elle n'est, malgré quelques apparences, que la réédition d'une institution, non seulement centenaire, mais beaucoup plus ancienne encore, quel besoin aura-t-on de parler de nouveauté de droit ? Et par quoi vraiment serions-nous empêchés de soulever

1 Planiol, op. cit., t. I, n° 3.

2 Boutaud et Chabrol, op. cit., n° 334, p. 361.

le voile des apparences, pour restituer sa véritable identité à la sûreté travestie ?

D'ailleurs, à supposer que la garantie instituée par la loi du 1er mars fut réellement neuve, un néologisme s'imposait. Le gage réclamant par essence une remise, l'expression proposée : « Gage sans dépossession » défiait le sens commun. Gage et dépossession sont deux termes qui hurleraient de se voir réunis par la préposition sans. Gage sans dépossession ? pourquoi ne pas dire aussi bien immeuble mobilier, ou hypothèque chirographaire ?

Mais, dans une troisième opinion, l'on estimait tout néologisme superflu, le nantissement sur fonds de commerce consacré par la loi de 98, bien loin de constituer une innovation, n'étant, au regard de cette opinion, qu'une sûreté depuis très longtemps connue : qu'une hypothèque.

Ce qui distingue le gage de l'hypothèque, assure-t-on, c'est qu'il est de l'essence du gage que le créancier soit mis en possession de l'objet du contrat, tandis qu'avec l'hypothèque, cet objet peut parfaitement demeurer entre les mains du débiteur : « L'hypothèque est une sûreté réelle qui, sans déposséder actuellement le propriétaire du bien hypothéqué, permet au créancier de s'en emparer à l'échéance pour le faire vendre, en quelques mains qu'il se trouve, et se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers.[1] » Or, la loi du 1er mars 1898 ayant abandonné la nécessité de la signification au bailleur et de la remise des titres

1 Planiol, op. cit., t. II, nº 2645.

a répudié par cela même toute idée de dépossession, symbolique, fictive ou autre. Le fonds de commerce donné en nantissement reste bel et bien en l'entière possession du commerçant emprunteur. Il n'y a plus à parler de gage : il ne saurait être question que d'hypothèque.

L'esprit sans doute ressent une première impression de surprise, à cette affirmation que le fonds de commerce, considéré universellement comme un meuble, va pouvoir désormais se trouver grevé d'une hypothèque. Cela choque nos habitudes de juristes dressés à l'étude du Code Napoléon. L'article 2119 du Code Civil ne nous dit-il pas : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque », ce qui, selon l'interprétation admise, signifie que les meubles ne sont pas susceptibles d'être hypothéqués ? Et d'ailleurs, l'article 2118 ne lève-t-il pas les derniers doutes, quand il précise : « sont seuls susceptibles d'hypothèques, les biens immobiliers qui sont « dans le commerce, et leurs accessoires réputés « immeubles ? »

Soit, c'est là, évidemment, la règle générale édictée par le législateur de 1804, et encore en vigueur aujourd'hui, pour des considérations d'utilité pratique : mais elle ne fait pas qu'il soit de l'essence, ou même de la nature de l'hypothèque de ne porter que sur des immeubles. L'hypothèque, tout au contraire, peut parfaitement porter sur des meubles : ainsi en allait-il à Rome, où tout bien, fût-ce une créance, pouvait être hypothéqué, et où l'hypothèque mobilière des « *invecta atque illata* » du fermier, sanctionnée par le préteur Servius, fut préci-

sément la première hypothèque que le droit ait connue. Notre ancien droit également, jusqu'au XVI^e siècle, pratiqua l'hypothèque mobilière. Un grand nombre de législations européennes modernes l'admettent, et, en France même, les lois successives des 10 décembre 1874 et 10 juillet 1885 sont venues déclarer, en propres termes, que le navire, ce meuble, pourrait être hypothéqué. De plus, quelques mois à peine après la loi du 1^er mars, la loi du 18 juillet 1898 a permis la constitution d'une hypothèque mobilière nouvelle, analogue à celle des fonds de commerce.

La nature mobilière reconnue à ces fonds doit donc être écartée du débat. Ce qu'il faut uniquement prendre en considération, c'est la non dépossession du propriétaire de fonds de commerce qui donne son fonds en nantissement. Elle suffit, pour que la garantie du créancier nanti soit une très authentique hypothèque.

Cette vérité fut loin d'échapper à la doctrine, au lendemain de la loi du 1^er mars 1898. Et nombreux furent les auteurs qui, sans se laisser duper par le déguisement de ce prétendu droit de gage, dénoncèrent sa véritable nature hypothécaire. Le plus catégorique d'entre eux semble avoir été M. Planiol et nous ne saurions mieux faire que de reproduire les termes définitifs dont il usait à cette occasion :

« Le législateur moderne, écrivait-il, qui n'a cure des principes scientifiques du droit, croit avoir établi, dans deux lois récentes, des gages régulièrement constitués sans dépossession du débiteur. Il s'est absolument trompé. Le premier exemple s'en trouve dans la loi du

1er mars 1898, sur le nantissement des fonds de commerce..... La loi nouvelle décide que le nantissement se fera au moyen d'une simple inscription sur un registre spécial. Quelques mois plus tard, la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles créait un second cas de « gage sans dépossession », en permettant aux cultivateurs d'emprunter sur les produits de leur exploitation sans s'en dessaisir.

« De telles innovations peuvent être bonnes et utiles ; seulement, que le législateur se détrompe, ce ne sont point là des gages, ce sont des hypothèques mobilières ne conférant que le droit de préférence. Il appartient au législateur de changer les conditions de validité d'un acte ; il ne lui appartient pas de méconnaître des définitions scientifiques qui dépendent du seul raisonnement[1] ».

Et encore :

« Une loi du 1er mars 1898 a permis d'hypothéquer les fonds de commerce ; seulement elle a, par une erreur certaine, appelé cette hypothèque un « nantissement ». En effet, ce qui distingue le gage de l'hypothèque, c'est le dessaisissement du débiteur, qui perd la possession de l'objet donné en gage, dont le créancier est désormais nanti. Or, le prétendu nantissement des fonds de commerce se fait sans dessaisissement, et la loi a organisé pour lui, au moyen de registres spéciaux tenus au Greffe du Tribunal de Commerce, un système de publicité tout à fait comparable à celui des hypothèques. Il est assez

1 Planiol, op. cit., t. II, nº 2405.

étrange de voir le législateur créer une hypothèque nouvelle sous un faux nom et ne pas s'en apercevoir[1]. »

Au reste, cette théorie, suivant laquelle la loi de 1898, en abandonnant l'exigence de la dépossession, avait créé l'hypothèque mobilière sur fonds de commerce, n'était point particulière à M. Planiol. Les représentants les plus autorisés de la doctrine française partageaient sa façon de voir. Qu'il nous suffise de citer les noms de MM. Albert Wahl, Charles Robert, Montier, Magnin, Bouvier-Bangillon[2]. Tout récemment encore, M. Percerou, l'un des plus distingués spécialistes de la matière, affirmait, en jetant, après 1909, un coup d'œil rétrospectif sur la situation du créancier nanti d'avant la loi Cordelet : « En réalité, et quelle que soit l'impropriété des expressions employées couramment à cet égard, le nantissement d'un fonds de commerce n'est pas, et — par la nature même des choses, contre laquelle le législateur lui-même ne peut rien — ne saurait pas être un gage : c'est une hypothèque mobilière[3] ».

L'on peut donc avancer que l'approbation générale de la doctrine était acquise à cette idée d'hypothèque mobilière. Et c'était en effet, au point de vue juridique, la seule vraie, la seule conforme à la réalité de la situation nouvelle du créancier nanti sur fonds de commerce.

Mais, malgré tout, l'excessif laconisme de la loi

1 Planiol, op. cit., t. II, n° 2709.

2 Wahl, au S., 1901, 2, 153 § 4 ; Ch. Robert : D., 1901, 2, 97 ; Montier, *des Nantissements des fonds de commerce*, n° 87 ; Magnin, *Ann. dr. Comm*, 1900, p. 29 ; Bouvier-Bangillon, op. cit., passim.

3 Note précitée D., 1911, 2, 316, 1re col.

du 1er mars 1898, l'absence d'une volonté clairement exprimée par le législateur, laissaient le champ libre aux controverses. D'ailleurs, la thèse de l'hypothèque mobilière une fois admise, convenait-il d'appliquer à l'hypothèque nouvelle les mêmes principes que ceux consacrés en matière hypothécaire, d'une façon générale, par le Code Civil? Quelle était au juste, par exemple, la force, la vigueur de la nouvelle sûreté? Le droit de préférence, sans conteste, était son indispensable attribut; mais que décider au point de vue du droit de suite? Se trouvait-on en présence d'une hypothèque à effet restreint, et la maxime « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » avait-elle repris, pour le nantissement sur fonds de commerce, son sens historique primitif ? Telle était l'opinion de M. Planiol[1], qui refusait le droit de suite au créancier nanti de la loi du 1er mars. Mais, sur ce point spécial, la doctrine était divisée, et la jurisprudence l'était davantage encore[2].

Au surplus, la fâcheuse brièveté du nouvel article 2075 Code Civil engendrait bien d'autres inconvénients. Le législateur, dans son imprévoyance, n'avait réglé aucune des difficultés que l'application de sa réforme allait soulever, et la pratique commerciale, désorientée, était en proie à toutes les incertitudes. Fallait-il, par exemple, comprendre ou non les marchandises dans le fonds de commerce donné en nantissement ? Quel devait

1 Planiol, op. cit., t. II, nos 2405, 2414.

2 Sur ces divisions, voir Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 366, notes 1, 2 et 3.

être le contenu de l'inscription au Greffe du Tribunal de Commerce ? Cette inscription devait-elle préciser le montant de la créance garantie et des intérêts stipulés ? De quelle façon les tiers pouvaient-ils être admis à consulter les registres ? Le Greffier était-il dans l'obligation de donner copie des inscriptions ? Pouvait-il exiger un acte écrit, devant une réquisition d'inscription de nantissement ? L'article 448 du Code de Commerce se trouvait-il applicable à l'inscription prise dans un temps proche de la faillite ? L'inscription était-elle susceptible de péremption ? de radiation ? de réduction ? de main levée ? Le soi-disant privilège du créancier nanti était-il passible d'une procédure de purge ? Sur tous ces points, les opinions des auteurs et les décisions de jurisprudence se divisaient et, sur la plupart d'entre eux, comme le fait observer M. Bouvier-Bangillon[1], la solution à adopter découlait de l'opinion choisie au sujet de la nature juridique du droit du créancier nanti : ce droit n'était-il pas une hypothèque mobilière ?

Ces hésitations, ces tâtonnements de la doctrine et de la jurisprudence créaient aux différents intéressés une situation intolérable. D'autre part, l'on reprochait à la loi du 1er Mars 1898 d'encourager des fraudes multiples, et sa « moralisation » était réclamée. Aussi le monde des affaires fut-il unanime à exiger la substitution à cette loi d'une disposition plus heureuse et plus précise. Chambres de Commerce et Tribunaux consu-

1 Op. cit., p. 346, nº 16.

laires s'étant fait les interprètes de ces vœux, des projets de loi furent élaborés : projet Lebret, déposé sur le bureau de la Chambre des députés dès le 25 février 1899 ; projet Authier, déposé le 13 juin 1902 et repris au mois de juin de l'année suivante ; projet de la Commission de la Société d'Etudes Législatives, présenté en 1903 ; enfin projet de M. Cordelet, déposé au Sénat le 21 Mars 1905. Mais l'urgente nécessité de cette loi d'affaires, si impatiemment attendue par le commerce national, n'eut pas le don d'entraîner une intervention législative rapide, et c'est seulement en 1909, quatre ans exactement après le dépôt du projet, que le statut des fonds de commerce, au triple point de vue de leur vente, de leur nantissement et de leur réalisation, fut édicté.

Quels éclaircissements va nous fournir la loi nouvelle, sur la question particulière qui nous préoccupe, de savoir si la sûreté du créancier nanti est un droit de gage ou une hypothèque ? Le législateur de 1909 s'est-il catégoriquement prononcé, a-t-il exprimé une opinion nette dans le texte issu de ses délibérations ? Pas le moins du monde. La lettre de la loi reste insuffisamment tracée. Et pourtant, la question de l'hypothèque mobilière aurait dû être tranchée expressément, dans un sens ou dans l'autre : de nombreux auteurs réclamaient que la loi à venir, comme ses aînées de 1874 et de 1885 relatives au navire, parlât clairement d'hypothèque. La loi du 17 mars 1909 nous parle, elle, de « nantissement », de « privilège ». Mais sommes-nous, par cela seul, contraints d'abandonner l'idée d'hypothèque mobilière, et de considérer le créancier nanti comme un véritable gagiste ?

En réalité, ces expressions ne sont rien moins que décisives : d'abord, le terme nantissement a, de par l'usage, pris en notre matière un sens large, qui ne correspond plus du tout au sens restreint que le droit civil lui reconnaît ; nantissement, ce n'est plus en effet que le terme spécifique employé pour désigner, d'une façon générale, la dation d'un fonds de commerce à titre de sûreté réelle. D'autre part, le terme privilège, répété à différentes reprises par la loi Cordelet, doit être écarté du débat, et ne prouve absolument rien : c'est qu'en effet, dans le vocabulaire du droit, le mot privilège a perdu son sens primitif, précis et limité : tour de faveur assuré à une action personnelle. A l'heure actuelle, on décore indistinctement du titre de privilèges, tous droits, quelles que soient d'ailleurs leur origine et leur nature, qui se résolvent pratiquement en un droit de préférence[1]. L'étiquette mise par la loi Cordelet sur le droit du créancier nanti n'a donc, à dire le vrai, aucune signification. Pour déterminer l'exacte nature de ce droit, il nous faut bien plutôt l'étudier en lui-même, et voir comment la loi nouvelle en a réglementé l'exercice. Disons tout de suite, avant d'entrer dans les détails, que la loi du 17 mars 1909 est venue renforcer singulièrement la thèse de l'hypothèque mobilière et que, sous son empire, il semble bien que toute controverse doive cesser.

1 Cf. Planiol, op. cit., t. II, nos 2545 et suiv.

SITUATION DU CRÉANCIER NANTI APRÈS 1909

La loi nouvelle a voulu effacer complètement, sans en rien laisser subsister, la néfaste disposition du 1er mars 1898, qui avait suscité les plaintes si vives de tous les intéressés. L'article 36 met les points sur les i : « Le paragraphe ajouté à l'article 2075 du Code Civil par la loi du 1er mars 1898 est abrogé. » Cet article fait ainsi table rase de toute législation antérieure. Quelle va être la situation ?

L'article 8 dispose : « Les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissements. » La question de principe se trouve, on le voit, tranchée dès l'abord. Le nantissement sur fonds de commerce est une opération juridique permise. Cela n'était pas inutile à préciser, car des controverses ardentes s'étaient élevées sur le point de savoir s'il ne conviendrait pas d'interdire de façon radicale la mise en gage des fonds de commerce. L'on faisait valoir, pour l'affirmative, que le nantissement des fonds rendait possibles des fraudes nombreuses, au lendemain desquelles de nombreux créanciers pouvaient se trouver frustrés. Il ne nous appartient pas de reproduire ici les arguments développés pour et contre. Qu'il nous suffise de rappeler que les partisans de l'interdiction absolue du nantissement sur fonds de commerce ont remporté, de par la loi Cordelet, une victoire relative : l'article 9, en effet, qui détermine, au point de vue de la mise en gage, le fonds de commerce *lato sensu*, défend

que le nantissement porte sur les marchandises. Les marchandises resteront donc toujours, de par le commandement de la loi et nonobstant toute convention contraire des parties, en dehors de l'atteinte du gagiste. C'est bien là, comme le remarque M. Bouvier-Bangillon, une disposition de transaction.

Cette exclusion des marchandises du nantissement mettra, le cas échéant, le créancier nanti dans une situation fâcheuse. Comme on le verra, le bailleur lui est préférable. Or, le privilège du bailleur portant à la fois sur le matériel et sur les marchandises, rien n'empêche le propriétaire de l'exercer d'abord et exclusivement sur le seul matériel. Sans doute, il serait équitable, comme le remarquent MM. Boutaud et Chabrol et Montier[1], que le bailleur répartît son privilège, proportionnellement, sur les marchandises et sur le matériel, mais le créancier nanti n'a aucun moyen de l'y contraindre. Dès lors, si le prix du matériel est absorbé par le bailleur, le créancier nanti, à qui les marchandises échappent, se trouvera sacrifié, le prix des éléments incorporels étant par hypothèse insuffisant. Pour éviter ce désastre, un moyen unique s'offre à lui : qu'il désintéresse le locateur ; il pourra, en invoquant la subrogation, réclamer paiement par préférence sur le prix tant des marchandises que du matériel, et se faire ainsi régler intégralement.

Mais comment le droit du créancier nanti va-t-il d'ailleurs prendre naissance ? L'article 10 nous répond :

1 Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 407, note 1 ; Montier, *Journal des Faillites*, 1900, p. 229.

« Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait[1] de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. » Adde les expressions de l'article 8 : « sans autres conditions et formalités que celles prescrites par la présente loi. »

Par ces dispositions, la loi nouvelle repousse tout d'abord l'opinion de ceux qui auraient voulu une publicité plus efficace du nantissement : certains en effet réclamaient, en plus de l'inscription au greffe du Tribunal de Commerce, une inscription au greffe de la Justice de Paix ; d'autres, une insertion dans un journal d'annonces légales ; d'autres enfin, l'affichage aux portes du Tribunal de Commerce « d'un tableau portant, par ordre alphabétique, le nom et l'adresse des négociants ayant obtenu l'inscription[2] ». Il a paru au législateur de 1909 que ces divers suppléments de publicité seraient allés au delà du but.

Mais l'intérêt essentiel de l'article 10, en ce qui nous concerne, c'est qu'il fait dorénavant de l'inscription au greffe du Tribunal de Commerce, une formalité se suffisant incontestablement à elle-même ; aucune argutie n'est possible, à compter de 1909 : par la précision de sa formule impérative, l'article 10 condamne sans

1 Il ne faut pas oublier que, pour le nantissement de certains éléments du fonds : marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles industriels, brevets d'invention et licences, une publicité supplémentaire est requise, par voie d'inscription à l'Office National de la propriété industrielle (art. 24 de la loi Cordelet). L'article 10 doit être complété par l'art. 24. Mais notre question reste entière, même en ce qui concerne ces éléments.

2 Projet Authier, § 1, 2e alinéa.

appel la prétention de ceux qui, sous l'empire de la loi de 1898 et à la faveur du vague de son texte, considéraient l'inscription au greffe comme une simple formalité complémentaire, laissant subsister la nécessité de la remise des titres au créancier et de la signification au bailleur.

Mais, de ce que le débat est clos de façon définitive, il s'ensuit que les adeptes de la théorie de l'hypothèque mobilière triomphent. En effet, voici qu'est complètement laissée de côté l'exigence de toute mise en possession, si indirecte soit-elle. « Cette sorte de tradition *brevi manu*, de constitut possessoire[1], » dont nous parlaient certains auteurs, et par l'effet de quoi le débiteur « se constituait possesseur pour le compte du créancier[1] », plus n'est besoin de son subterfuge. Plus de dépossession; plus de gage : une hypothèque.

D'ailleurs, la loi du 17 mars 1909 souligne bien que la sûreté du créancier nanti actuel est une hypothèque, par la façon dont elle en organise les effets. Le prétendu privilège dont ce créancier bénéficie, lui confère un double droit : un droit de préférence, un droit de suite. N'est-ce pas là la double face du droit réel d'hypothèque? Et examinons de plus près comment s'exercent respectivement l'un et l'autre de ces droits.

Pour le droit de préférence, tout d'abord, les règles édictées par la loi Cordelet ne sont qu'une copie, une transposition des règles admises par notre droit en matière hypothécaire. Les emprunts sont flagrants. C'est

1 Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 362, nº 334.

en premier lieu le principe même de la publicité par voie d'inscription, qui est adopté en matière de fonds de commerce, tout comme en matière immobilière. Et comment règlera-t-on, au point de vue du droit de préférence, le conflit des soi-disant créanciers privilégiés, si plusieurs nantissements sont successivement inscrits sur le même fonds de commerce ? Lisons la loi Cordelet, article 12 : « Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions ». Mais c'est là la règle même appliquée à la collision des hypothèques entre elles ! Et si l'on continue la lecture de cet article 12, on y relèvera encore une disposition calquée sur l'article 2147 du Code Civil : « Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence ».

Une question, toutefois, se pose en matière de fonds de commerce, qui reste ignorée en matière immobilière ; bien que cette question concerne le vendeur du fonds, en même temps que le créancier nanti, nous l'envisagerons dès maintenant, pour plus de commodité.

Le fonds de commerce peut être déplacé, et l'article 13 alinéa 2 de la loi Cordelet nous dit : « Dans la quinzaine de l'avis à eux notifié, ou dans la quinzaine du jour où ils auront eu connaissance du déplacement, le vendeur ou le créancier gagiste doivent faire mentionner, en marge de l'inscription existante, le nouveau siège du fonds et, si le fonds a été transféré dans un autre ressort, faire reporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège, sur le registre du Tribunal de ce ressort. »

Quelle sera dès lors la sanction des obligations de régularisation imposées au vendeur et au créancier nanti? Les travaux préparatoires (Rapport Cordelet) nous apprennent que le législateur a entendu laisser au juge, à ce sujet, les mains entièrement libres. Et cependant, à supposer nne inscription nouvelle prise sur le fonds après son déplacement, et bien entendu antérieure en date à la mention de régularisation, il semble bien que le texte même de l'article 13 alinéa 2 impose de se rallier à l'opinion de M. Bouvier-Bangillon : le cas de mauvaise foi du nouvel inscrit réservé, son inscription lui assurera la préférence sur le créancier inscrit avant le déplacement, si ce créancier ne fait opérer la mention de régularisation qu'après les 15 jours ; au contraire, si la régularisation est faite dans le délai de quinzaine, l'inscription primitive conservera son entière vigueur, nonobstant l'antériorité de l'inscription nouvelle, par rapport à la mention de régularisation.

Au reste, tout ce qui est relatif, dans la loi nouvelle, à la publicité du soi-disant privilège du créancier nanti, pour en revenir exclusivement à ce dernier, ne fait que plagier l'organisation correspondante adoptée en matière d'hypothèques. Il serait fastidieux de reproduire ici le texte des nombreux articles de la loi Cordelet qui en administrent surabondamment la preuve : qu'il nous suffise de renvoyer aux articles 24, 26, 28, 29, 30, 31, 32, etc. On se persuadera, à les parcourir seulement, que, pour les bordereaux à remettre au greffier, la péremption des inscriptions, leur réduction, leur radiation, les mentions d'antériorité, etc, etc, le

législateur de 1909 n'a fait, à peu de chose près, qu'œuvre de copiste. Qui songerait à l'en blâmer, puisque le droit du créancier nanti n'est, vraiment, qu'une hypothèque ?

Au surplus, le droit de préférence n'est pas le seul que la loi Cordelet confère au créancier hypothécaire sur fonds de commerce: elle lui donne aussi l'arme du droit de suite. Voilà bien, dans son intégrité, avec les deux attributs qui découlent de ce fait qu'il est opposable à tous, le droit réel d'hypothèque. Nous avons observé, en l'état de la législation du 1er mars 1898, que des hésitations s'étaient produites, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, lorsqu'il s'était agi de décider si le créancier nanti pourrait suivre le fonds, ou pas. Les autorités du monde juridique penchaient vers la négative. Désormais, le doute n'est plus permis. Le droit réel d'hypothèque aura pour le créancier nanti ses conséquences avantageuses ordinaires, au regard des tiers acquéreurs comme au regard des autres créanciers concurrents; l'article 22 de la loi de 1909 nous dit: « Le privilège du créancier gagiste suit le fonds en quelques mains qu'il passe. »

Et, si l'on étudie la façon dont la loi Cordelet a réglementé pratiquement l'exercice de ce droit de suite, si l'examine dans le détail, ce que nous ne pouvons faire ici, le droit de surenchère qui en est la sanction, et la procédure de purge dont il est susceptible, l'analogie avec le régime hypothécaire apparaîtra avec plus d'évidence encore. Principe et applications, tout est à peine retouché.

D'ailleurs, sur bien d'autres points que les précédents, le législateur a affirmé sa volonté de traiter le soi-disant privilège du créancier nanti comme une hypothèque. Ne déclare-t-il pas, dans l'article 11, l'article 448 alinéa 1er du Code de Commerce applicable à l'inscription du nantissement ? Ne déroge-t-il pas, en ce qui concerne la réalisation du fonds, aux règles reçues en matière de gage ?

En effet, l'article 8 deuxième alinéa nous dit : « le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence. » A notre sens, ce texte est un de ceux qui mettent le mieux en relief l'intéressante évolution qui s'est accomplie, sans que d'ailleurs le législateur, semble-t-il, en ait eu pleine conscience.

Dès l'apparition de la loi du 1er Mars 1898, l'idée d'hypothèque mobilière était lancée, et M. Percerou, dans son Rapport à la Société d'Etudes Législatives, déclarait se ranger au nombre de ses partisans ; mais la nouveauté de la chose et l'imprécision du texte de la loi ne laissaient pas de dérouter quelque peu les esprits. Aussi l'éminent rapporteur, en dépit du principe admis par lui, estimait-il que, malgré la nature hypothécaire du droit du créancier nanti, certaines règles du gage devaient être conservées ; et il concluait notamment : « c'est ainsi qu'en l'état actuel de la législation, le créancier nanti d'un fonds de commerce peut, semble-t-il, comme tout créancier gagiste, demander au Tribunal que le fonds lui soit attribué en paiement de sa

créance (article 2078 Code Civil), tandis que le créancier hypothécaire n'a pas ce droit, et peut seulement poursuivre la vente judiciaire de l'immeuble. » Eh bien, cette différence qui séparait le créancier nanti de 98 du créancier hypothécaire, la loi de 1909, par l'article 8 deuxième alinéa, l'a fait disparaître. Il n'est plus possible au créancier inscrit à titre de nantissement d'invoquer le bénéfice de l'article 2078 du Code Civil, pas plus du reste, cela est unanimement reconnu, que celui de l'article 93 du Code de Commerce. Et la signification du changement n'est pas restée inaperçue des interprètes. « On voit de plus en plus, de par cette modification, écrit M. Bouvier-Bangillon [1], l'exactitude de l'idée indiquée plus haut que le nantissement d'un fonds de commerce n'est autre chose qu'une hypothèque mobilière, et cela, ajoute-t-il, assez singulièrement d'ailleurs, quoique le fonds de commerce soit un meuble. »

D'autre part, également démonstrative est la partie de loi nouvelle consacrée à la réalisation des fonds de commerce. Elle met en pleine lumière, par ses ressemblances frappantes avec les formes suivies pour la saisie immobilière, la légitimité d'un rapprochement entre le créancier nanti d'après 1909, et le créancier hypothécaire.

Enfin, si nous consultons les travaux préparatoires de la loi du 17 mars 1909, nous nous rendrons compte qu'ils sont péremptoires, en faveur de la thèse de l'hypothèque mobilière.

Remarquons tout d'abord que la question n'était pas

1 Op. cit., p. 476, n° 346.

ignorée du législateur. En tête du chapitre relatif à la réalisation, dans la proposition de loi originaire présentée par M. le Sénateur Cordelet, on lit en effet :

« Un très distingué professeur à la Faculté de Droit de Paris, qui reproche au législateur de 1898 d'avoir organisé, sans s'en douter, ou du moins sans le dire, une hypothèque mobilière qu'il appelle un nantissement (mais un nantissement sans la dépossession des débiteurs, ce qui est le propre de l'hypothèque), fait remarquer que la difficulté, sinon l'impossibilité d'organiser la publicité pour l'hypothèque de meubles était une des causes qui devaient la faire proscrire ; et il ajoute que, si diverses exceptions ont paru possibles et ont été admises, c'est que, dans ces cas exceptionnels, il s'agit de meubles importants, pour lesquels on a pu trouver un point fixe, servant de centre à la publicité de l'hypothèque. Le fonds de commerce a, en effet, une assiette fixe, un point d'attache en quelque sorte.....[1] »

Voilà donc notre point d'interrogation posé. Il y est répondu dans le même document parlementaire, dans la proposition de loi d'où nous avons extrait le passage précédent. En effet, après avoir montré, en citant Demante et Colmet de Santerre, en se réclamant du droit romain et de l'action quasi-servienne, ainsi que de la loi française de 1885 sur l'hypothèque maritime, que rien dans l'essence ou la nature de l'hypothèque ne saurait l'empêcher d'affecter un meuble, son auteur, invoquant les opinions conformes de MM. Charles Robert, Wahl et Planiol, conclut expressément :

1 M. A. Bernus, op. cit., p. 65, n° 64.

« La loi du 1er mars 1898, en subtituant la publicité du nantissement des fonds de commerce par l'inscription sur un registre public aux anciens modes de publicité du gage, dont l'insuffisance en cette matière était manifeste, fait du nantissement un véritable contrat d'hypothèque[1] ».

Mais l'on pourrait s'imaginer peut-être que cette opinion resta propre à M. le Sénateur Cordelet. Que l'on se détrompe : tout au long des travaux préparatoires et par d'autres que par lui, la thèse de l'hypothèque mobilière a été nettement soutenue.

Voici d'abord comment s'exprime le Rapport de la Commission Sénatoriale sur la proposition Cordelet :

« La loi du 1er mars 1898 a substitué à l'obligation du dessaisissement du débiteur et aux formalités plus ou moins équivalentes imaginées par la pratique, la publicité du nantissement par l'inscription ; et il n'est pas douteux que depuis cette loi, qui a soumis le nantissement du fonds de commerce à la seule formalité de l'inscription, et créé ainsi un gage sans dessaisissement, c'est-à-dire une véritable hypothèque mobilière, le nantissement d'un fonds de commerce.....[2] ».

Et écoutons encore le langage tenu par M. le Rapporteur, lors de la première délibération sur la proposition Cordelet, au Sénat :

« Il n'est pas douteux qu'actuellement, et sous l'empire de la loi du 1er mars 1898, qui a soumis le nantissement d'un fonds de commerce à la seule formalité de l'ins-

1 M. A. Bernus, op. cit., p 46, nº 42.

2 M. A. Bernus, op. cit., p. 84, nº 111.

cription, et créé ainsi un gage sans dessaisissement, c'est-à-dire une véritable hypothèque mobilière, le nantissement d'un fonds de commerce.....[1] ».

Ne se dégage-t-il pas, de ces différents extraits des documents et des débats parlementaires, la plus nette, la plus formelle des consécrations, en faveur de la théorie de l'hypothèque mobilière ? Et si la loi du 1er Mars 1898 semblait suffisante pour l'autoriser, que dire dès lors après la loi du 17 Mars 1909 ?

L'examen des travaux préparatoires de la loi Cordelet, et l'étude de la situation faite par cette loi au créancier nanti sur fonds de commerce, nous fournissent donc les éléments d'une conclusion sans réplique : sous son régime, il semble bien au-dessus de toute controverse que ce créancier n'est qu'un créancier hypothécaire. D'ailleurs, dans la doctrine contemporaine, personne aujourd'hui n'en doute plus[2] : créée en principe par la loi du 1er Mars 1898, l'hypothèque mobilière sur fonds de commerce a été consacrée, organisée, minutieusement règlementée dans sa constitution et ses effets, par la loi du 17 Mars 1909. Cette idée d'hypothèque qui, au lendemain du vote de la première loi relative à la matière, était jetée dans les milieux juridiques comme un paradoxe, n'est plus aujourd'hui dans ces mêmes milieux qu'un lieu commun bien banal. Mais

1 M. A. Bernus, op. cit., p. 148, nº 188.

2 A ajouter aux auteurs précédemment cités : Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 10e édit., 1910, nº 440[3] ; — E. Thaller, *Traité élémentaire de dr. comm* , 4e édit., 1910, nº 1092 ; — Léon Lacour, *Précis de dr. comm.*, 1912, 1er fascicule, p. 488, nº 813 et p. 508, note 1.

la doctrine est-elle parvenue à faire pénétrer son idée, maintenant bien arrêtée, dans la jurisprudence ?

Les Cours et les Tribunaux ont-ils eu conscience du changement apporté par les lois des 1er mars 1898 et 17 mars 1909 à la nature juridique du droit du créancier nanti sur fonds de commerce ? Les affirmations énergiques et répétées des auteurs ont-elles fixé leur attention et influencé leurs jugements ? Il semble bien que non. Le vocabulaire inexact des textes continue d'être employé sans contrôle et prolonge l'illusion. Il n'est jamais question, pour la jurisprudence, que de gagiste, de privilège ou de nantissement. Les mots commandant l'idée, la nature juridique reconnue au droit du créancier nanti ne constitue plus qu'un anachronisme, en flagrante contradiction avec les réformes opérées, et des conséquences vicieuses en sont déduites, qui méconnaissent la révolution accomplie, en ce qui concerne les garanties réelles que le commerçant peut fournir.

Cependant, il faut se garder de se montrer trop absolu. Sans doute, les lois nouvelles sont-elles encore trop récentes pour que l'innovation apparaisse à tous ; mais peut-être, un jour, l'erreur se dissipera-t-elle, la vérité s'imposant même aux yeux des praticiens, des hommes mêlés à la vie des affaires. L'hypothèse n'a rien selon nous d'invraisemblable. Ce qui contribue à nous en persuader, c'est que l'idée et le mot d'hypothèque mobilière, s'ils sont restés ignorés de la quasi-totalité de la jurisprudence, nous les avons du moins rencontrés dans une décision de la Cour de Rouen, du 14 novembre 1908 [1].

1 D., 1911, 2, 313, et note de M. Percerou.

L'espèce présentait à juger de nombreux points intéressants. Nous l'élaguerons toutefois de toutes difficultés étrangères à notre question : un commerçant avait donné en nantissement à des banquiers « son fonds de commerce de meunier, grainetier et accessoires, le dit fonds comprenant : 1° la clientèle et l'achalandage; 2° le matériel servant à l'exploitation, notamment chevaux, voitures, etc, en quelque lieu que le dit matériel puisse se trouver; 3° les marchandises; 4° la jouissance locative des lieux servant à l'exploitation. » Ce nantissement ayant été régulièrement inscrit au Greffe du Tribunal de Commerce, conformément à la loi du 1er mars 1898, sous l'empire de laquelle on se trouvait encore, le débiteur propriétaire du fonds s'était livré, au profit d'un tiers, à l'aliénation d'une partie du matériel, en l'occurrence d'un lot de chevaux. Le prix de ces chevaux restait dû. Mais l'aliénation partielle n'avait-elle pas fait disparaître le droit de préférence du créancier nanti, ou bien ce droit pouvait-il encore s'exercer utilement, et ce, même contre la faillite du débiteur, entre-temps déclarée? C'est en répondant à cette question, après avoir répondu à d'autres, tout aussi délicates, mais ne nous touchant pas directement, que le rédacteur de l'arrêt s'exprimait ainsi :

« En droit : — Considérant que, d'après la volonté du législateur du 1er mars 1898, il faut et il suffit que le contrat de nantissement ait été inscrit au greffe du Tribunal de Commerce. — Que, grâce à cette formalité unique, le créancier nanti est investi d'un privilège opposable, au cas de faillite, même à la masse, qui a

été avertie et mise en garde par cette publicité ; — qu'il en résulte, au profit dudit créancier, la faculté de venir par préférence et hors part sur le prix tant du fonds de commerce que des marchandises, matériel, accessoires et dépendances de ce fonds, à cette condition toutefois que les prix n'aient pas été versés aux mains du débiteur, se confondant de la sorte avec son patrimoine ; — que cette conséquence dérive forcément des principes de notre droit ; — considérant tout d'abord, en effet, que le créancier gagiste, si l'objet de son gage lui a été volé, ne perd pas son privilège, et M. Valette et M. Guillouard enseignent : M. Valette : « Comment admettre qu'un simple accident, et surtout un délit, puisse avoir pour résultat presque immédiat d'anéantir un droit réel légitimement acquis ? » (Privilèges et hypothèques, n° 49); M. Guillouard : « Ce droit qu'a le créancier de posséder la chose, lui donne aussi, au cas où la chose lui a été soustraite ou ravie, une action réelle pour se la faire rendre par quiconque se trouverait l'avoir par devers lui. » (Nantissement, p. 109 et suiv.); — Considérant qu'il n'est pas douteux que le législateur de 1898 pénétré des plus bienveillantes dispositions à l'égard du créancier nanti, et s'attachant à écarter toutes difficultés, tous obstacles qui naîtraient autour de lui, n'a en rien modifié cette situation juridique ; qu'on peut donc affirmer qu'il existe au profit de ce créancier une *sorte d'hypothèque mobilière*, qui pèse sur le matériel et le rend indisponible, à la différence des marchandises, susceptibles de varier en quantité et qualité, et que le débiteur peut vendre dans les limites d'une gestion loyale et

régulière ; que si le commerçant cède son matériel à un tiers, il commet un acte frauduleux qui ne saurait atteindre ni léser les droits du créancier ; — qu'il s'ensuit nécessairement que, dans l'éventualité ci-dessus prévue, le créancier au préjudice de qui le détournement aura été commis, est fondé à réclamer paiement sur le prix représentatif du gage ; que décider autrement serait méconnaître l'esprit de la loi de 1898....., etc., etc. »

On le voit, l'arrêt rapporté considère le nantissement sur fonds de commerce comme « une sorte d'hypothèque mobilière. » L'affirmation est assez timide ; et d'ailleurs, elle ne parait pas engendrer en l'hypothèse de conséquence bien originale, puisque l'arrêt, pour étayer la solution favorable qu'il donne en ce qui concerne la conservation du droit de préférence du créancier nanti, reconnait s'inspirer précisément d'une solution analogue consacrée par les auteurs dans la matière du gage. Mais c'est déjà bien assez que le terme d'hypothèque mobilière soit seulement prononcé. C'est là, dans le langage de la jurisprudence, une hardiesse remarquable, en même temps, ajoutons-le, qu'une louable reconnaissance des vérités juridiques. Aussi ne pouvons-nous que déplorer que l'arrêt de Rouen soit resté isolé, et que la théorie de l'hypothèque mobilière ne rencontre, auprès des tribunaux, qu'indifférence dédaigneuse.

L'on dit en effet : que nous importe ! Que le nantissement sur fonds de commerce soit un droit de gage ou bien un droit d'hypothèque, de quelle valeur pra-

tique sera la constatation ? Quelles conséquences en ferez-vous découler ? Au fond, il n'y a là qu'une vaine dispute d'école, et, s'il plait à la doctrine d'ergoter à ce sujet, qu'elle ne se dissimule point que ses savantes controverses n'ont rien qui puisse émouvoir le monde commercial[1].

Erreur absolue ! Le parti à prendre sur la question de savoir si le droit du créancier nanti est un gage ou bien une hypothèque, entraîne des conséquences pratiques nombreuses. La plus grave, à notre sens, celle dans tous les cas sur laquelle nous devons insister dans cette étude, c'est la solution du problème qui consiste à assigner un rang au créancier nanti dans une répartition de deniers, après la réalisation du fonds. Voit-on en lui un gagiste, c'est-à-dire un privilégié, voit-on en lui à l'inverse un créancier hypothécaire, le classement à adopter à son propos différera du tout au tout.

Et en effet, il est un grand principe de notre droit, inscrit d'ailleurs en toutes lettres dans la loi positive : les privilèges passent avant les hypothèques : article 2095 du Code Civil : « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. » Eh bien, si nous considérons le créancier nanti comme un créancier privilégié, il faudra, au point de vue du clas-

1 C'est ainsi qu'à l'occasion d'un conflit où notre question a pourtant toute son importance (voir infra, 2e partie, Chap. III), la Cour d'Aix, à la date du 12 février 1912 (*Bulletin de Jurisprudence Civile Aix-Marseille*, mars-avril 1912, p. 192), nous affirme que le débat doit être tranché : « sans entrer dans l'examen d'ailleurs d'un intérêt purement doctrinal, de la possibilité de voir dans le nouveau contrat de nantissement plutôt une hypothèque mobilière qu'un privilège. » — Rien n'est plus faux.

sement, le traiter bien évidemment comme tel. Partant, il faudra examiner ses conflits possibles avec chacun des autres créanciers privilégiés, et résoudre chacun de ces conflits arbitrairement, sauf pour quelques points de détail prévus par le législateur: conflit de créanciers nantis inscrits successivement par exemple, conflit du créancier nanti avec le vendeur du fonds. Dès lors, l'incertitude la plus dangereuse règnera. Faudra-t-il donner le pas aux privilèges généraux, préférer le bailleur d'immeuble au soi-disant gagiste, faire passer ce dernier avant le vendeur de meubles, le gagiste en possession matérielle, le conservateur de la chose? L'on aboutit ainsi, fatalement, à des problèmes d'une singulière complexité; des solutions contradictoires interviendront, suivant les juridictions et les espèces. Et la difficulté, ici, sera plus grande encore que pour les privilèges ordinaires, puisqu'il est reconnu que des règles propres, différentes sensiblement de celles du droit commun, doivent être appliquées au privilège d'ensemble du créancier nanti sur le fonds. Arbitraire et incertitude, voilà le bilan du système.

Mais si l'on voit dans le créancier nanti, non plus on ne sait quel privilégié *sui generis*, mais tout simplement un créancier hypothécaire, il suffira d'appliquer les règles des hypothèques, et le problème s'en trouvera clarifié de lumineuse façon : en vertu du principe rappelé plus haut que les privilèges doivent passer avant les hypothèques, le créancier nanti ne viendra qu'après les créanciers véritablement privilégiés. D'autre part, dans la série des créanciers hypothécaires, il

prendra rang tout simplement suivant sa date d'inscription. Plus de conflit possible : une solution uniforme, offrant l'essentiel avantage de ne permettre aucune contradiction, aucune surprise. Simplicité, netteté de situation, telle est la récompense d'une saine application des principes du droit.

Est-il besoin d'ajouter qu'un pareil système de classement est ignoré de la jurisprudence ? Dans l'espérance de le rencontrer, on consulterait en vain, en dehors des grands recueils, les revues de jurisprudence locale de nos principaux tribunaux consulaires, les intéressés se contentant le plus souvent de faire statuer par la juridiction commerciale sur le mérite de leurs différents privilèges. Toutes décisions, en matière de classement de créanciers se disputant le prix d'un fonds de commerce, mettent en œuvre le vicieux système que nous avons critiqué : le nantissement est un gage, le créancier nanti un créancier privilégié. Les conflits qui le mettent aux prises avec des créanciers concurrents, sont tranchés d'après ce principe inexact[1]. Sous la loi nouvelle du 17 mars 1909, comme sous la loi du 1er mars 1898, les errements sont les mêmes : l'idée

1 Nanti primé par frais de justice : Trib. Comm. Seine, 24 nov. 1904, *Journ. des Fail.*, 1905, p. 25 ; Cour d'Aix, 2e Ch., 31 janv. 1908, *Journ. des Fail.*, 1908, p. 429. — Nanti primé par le Trésor : Cass. Civ., 18 nov. 1908, *Journ. des Fail.*, 1909, p. 10. — Commis et ouvriers préférés au nanti : Cour d'Orléans, 9 juin 1905, *Journ. des Fail.*, 1906, p. 165 ; en sens contraire : Trib. Comm. Aix, 24 juin 1907, *Journ. des Fail.*, 1907, p. 313. — Nanti de bonne foi préféré au vendeur du fonds : Cour de Paris, 8 janv. 1908, D., 1908, 2, 147. — Porteurs de warrants et récépissés préférés au nanti : Cour de Rouen, 24 janv. 1906, Rec. du Havre, 1906-07, 2, 130. — Nanti primé par bailleur : Cour de Rouen, 11 déc. 1901, D., 1903, 2, 169 ; Rec.

émise par l'arrêt de Rouen du 14 novembre 1908, malgré son irréprochable justesse, est restée étrangère aux tribunaux.

La jurisprudence, qui s'abstient de parler d'hypothèque mobilière, traite donc le créancier nanti comme un privilégié. Cela du moins est logique, et nous n'en sommes point étonné ; mais quelle n'est pas notre surprise de voir la doctrine, dont on connaît l'opinion sur la nature juridique du droit du créancier nanti, ratifier le principe de classement des décisions judiciaires : oui, après avoir proclamé solennellement que le nantissement sur fonds de commerce est une hypothèque mobilière, après avoir accablé le législateur de 98 et de 1909 de reproches et d'ironie, voici que les auteurs, par une singulière inconséquence, considèrent, avec la jurisprudence, que le créancier nanti doit être traité, au point de vue du classement, comme un gagiste et que sa situation doit être déterminée, pour chaque conflit, par une comparaison avec les privilégiés concurrents.

Ah, que nous rencontrions un tel mode de classement chez MM. Boutaud et Chabrol [1], dont nous avons exposé les idées originales sur la nature juridique du droit du créancier nanti, en quoi ils prétendent découvrir un gage

du Havre, 1901, 2, 477 ; Gaz. Pal., 1902, 1, 506 ; *Journ. des Fail.*, 1902, p. 303 ; Trib. Comm. Tourcoing, 30 sept. 1902, D., 1903, 2, 169. — Conservateur préféré au nanti : Trib. Civ. d'Oloron, 9 août 1905, D., 1907, 2, 83 ; Trib. Comm. Seine, 6 mai 1907, *Journ. des Fail.*, 1907, p. 213 ; Cour de Rouen, 23 janv. 1909, *Journ. des Fail.*, 1909, p. 221 ; Cour d'Aix, 2e Ch., 27 avril 1910 (privilège invoqué par un chef de cuisine), *Journ. des Fail.*, 1910, p. 203 ; Trib. Comm. Marseille, 4 janvier 1912 et 12 mars 1912, non publiés. — Principe de classement affirmé : arrêt précité de la Cour d'Aix du 12 février 1912.

1 Op. cit., nos 369 à 384, et Supplément nos 108 à 110.

sans dépossession, nous trouvons la chose toute naturelle. Mais pourquoi M. Bouvier-Bangillon [1], par exemple, après avoir posé comme un principe indiscutable que le nantissement sur fonds est une hypothèque, se livre-t-il à l'examen compliqué des conflits où le créancier nanti pourra se trouver mêlé, assurant notamment à son « privilège » la victoire sur celui du vendeur de meubles, et sur les privilèges généraux autres que ceux des frais de justice et des commis et ouvriers ?

Une fois seulement, à propos du conflit du bailleur et du créancier nanti, M. Bouvier-Bangillon se souvient que le droit de ce dernier est une hypothèque. Mais c'est pour en tirer une conclusion au moins inattendue : le bailleur, dit-il, a un privilège ; le créancier nanti, une hypothèque ; donc, le créancier nanti doit passer avant le bailleur. Vraiment ? Que deviennent alors, et le principe français qui donne le pas aux privilèges sur les hypothèques, et l'article 2095 du Code Civil ?

Au reste, à l'imitation de notre auteur, les partisans mêmes de la théorie de l'hypothèque mobilière ne manquent point de procéder, tout comme si le créancier nanti était un véritable gagiste, à la revue des collisions éventuelles de son prétendu privilège avec ses congénères de droit civil et de droit commercial[2].

Nous relevons la contradiction et dénonçons l'erreur. Il nous paraît inutile d'alourdir notre travail en suivant

1 Op. cit., nos 403 à 414.

2 Voir notamment Montier, op. cit., p. 105 ; Georges Gallard : *l'Hypothèque mobilière sur les fonds de commerce*, p. 158 ; — Léon Lacour, op. cit., 1er fascicule, p. 510 ; — Rapport Percerou. — Voir cependant Louis Fialon, *Du Nantissement de fonds de commerce*, Thèse, Bordeaux, 1909, p. 124.

pas à pas ces auteurs dans le méandre des hypothèses qu'ils imaginent, et de critiquer par le menu les solutions proposées. Qu'il nous suffise d'attaquer de front le point de départ, le principe même du classement qu'ils adoptent. De deux choses l'une en effet : ou vous convenez que le nantissement sur fonds de commerce est un contrat de gage et, considérant dès lors le créancier nanti comme un gagiste, son droit comme un privilège, vous traitez l'un et l'autre comme tels ; ou bien vous prétendez que ce nantissement n'est qu'une hypothèque mal déguisée. Mais alors vous êtes obligé de voir dans le créancier nanti un créancier hypothécaire, et de lui faire application des principes reçus en matière d'hypothèques. Le dilemne ne saurait être esquivé.

Et c'est pourquoi, si l'étude attentive des lois des 1er mars 1898 et 17 mars 1909, a ancré dans notre esprit cette conviction que le droit du créancier nanti sur fonds de commerce n'est autre chose qu'une hypothèque, nous serons du moins conséquent avec nous-même et irons jusqu'au bout de l'idée admise : créancier hypothécaire, nous traiterons le créancier nanti suivant la nature de son droit : tous créanciers privilégiés auront le pas sur lui ; il s'intercalera dans la file des hypothèques suivant sa date d'inscription.

Section II

DU VENDEUR DU FONDS

L'hypothèque du créancier nanti n'est pas la seule qu'ait créée la loi Cordelet. Cette loi en a, à la vérité, créé trois autres, et le vendeur de l'ensemble fonds de commerce, après avoir possédé, jusqu'en 1909, un véritable privilège, est aujourd'hui pourvu, pour la garantie de son paiement, de trois hypothèques mobilières. Chacune de ces hypothèques est privilégiée. Nous avons dit plus haut les raisons qui nous ont fait, malgré ce, rejeter l'étude du vendeur du fonds après celle du créancier nanti. Cette interversion obligatoire offrira d'ailleurs cet avantage que l'esprit, familiarisé désormais avec l'idée d'hypothèque, s'effarouchera moins des assertions qui vont suivre. Au reste, nous ne retrouverons plus ici ces luttes, ces controverses qui, à l'occasion du nantissement, ont divisé passionnément le monde du droit et celui des affaires. Il semble que tout l'effort juridique se soit épuisé à propos de la mise en gage.

Pour mettre en évidence la transformation des garanties du vendeur du fonds, nous examinerons successivement la situation à lui faite jusqu'en 1909 d'abord, après 1909 ensuite. La question, on le voit, sera plus simple que pour le créancier nanti : c'est qu'en effet, la loi du 1er Mars 1898, le premier monument législatif

de notre matière, ne se préoccupait nullement de la vente du fonds de commerce et du privilège de son vendeur. Non pas qu'il y eût là un involontaire oubli : les travaux préparatoires montrent au contraire que M. Thézard abordait le problème « De la discussion, avançait-il, s'est dégagée cette idée qu'il conviendrait de généraliser la réforme en l'étendant par identité de motifs à la cession même des fonds de commerce. La publicité des cessions de fonds de commerce aussi bien que celle de leurs nantissements est assurément désirable[1]. »

Mais la réforme nantissement parut présenter un caractère d'urgence bien supérieur à celui de la réforme cession, et cette dernière, négligée de parti pris par le législateur de 98, ne fut accomplie qu'en 1909. Nous n'aurons donc à envisager le privilège du vendeur de fonds que sous deux aspects différents.

SITUATION DU VENDEUR AVANT LA LOI DU 17 MARS 1909

Les recherches doctrinales et les tentatives des praticiens, à propos de la mise en gage globale des fonds de commerce, avaient abouti à déclarer applicable à ces derniers une notion d'universalité. Le fonds, considéré comme un tout doué d'une existence propre, fut sacré meuble incorporel. Dès lors, on fut logiquement amené à reconnaître au vendeur d'ensemble de ce fonds

1 Rapport au Sénat, *Journal Officiel* du 20 février 1898, annexe 94.

le bénéfice des garanties ordinaires du vendeur de meubles non payé. Il nous faut dire un mot de chacune de ces garanties, non que toutes nous importent à un égal degré, mais il est indispensable de bien nous pénétrer de leur insuffisance, pour l'intelligence de la loi nouvelle, intervenue dans la louable intention d'y remédier.

La vente de fonds de commerce était-elle faite sans terme, le vendeur avait le droit de rétention, et le droit spécial de revendication dans la huitaine, conféré par l'article 2102-4° alinéa 2 du Code Civil. Ces deux armes du vendeur, d'un emploi d'ailleurs malaisé dans notre matière, ne nous intéressent point. Mais, que la vente fût faite à terme ou sans terme. le vendeur avait en outre à son service, un privilège d'abord, une action en résolution ensuite. Nous allons montrer que les conditions dans lesquelles ce privilège et cette action pouvaient s'exercer, mettaient leur titulaire dans une situation assez fâcheuse.

Débarrassons-nous de l'action résolutoire, qui ne nous touche pas directement, puisque notre but est avant tout de rendre compte du privilège du vendeur, en vue d'un classement à opérer. Le vendeur, ne parvenant pas à obtenir paiement, pouvait, conformément au droit commun, se prévaloir de l'article 1654 du Code Civil, et recouvrer la propriété même du fonds aliéné, en faisant résoudre la vente. Mais, outre que c'était là une dernière cartouche que le vendeur se résignait difficilement à brûler, car une cession n'intervient bien évidemment que si le commerçant a des motifs graves

de ne plus continuer l'exploitation de son fonds, d'autre part, cette action résolutoire se trouvait sérieusement menacée par deux éventualités d'une réalisation fréquente : l'aliénation, la faillite. L'acquéreur revendait-il le fonds ou bien, sur les poursuites de ses créanciers, était-il déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire, une jurisprudence bien dessinée, soutenue par la doctrine, refusait, dans cette double hypothèse, la résolution de la vente au vendeur[1].

On voit combien ce dernier était protégé peu efficacement par son action résolutoire. Du moins, si la vente restait debout, avec quelle force le privilège à lui reconnu le défendait-il ? C'est sur ce point qu'il nous convient d'insister.

Tout comme le vendeur d'office ministériel, le vendeur de fonds de commerce s'était vu attribuer le privilège de l'article 2102-4° du Code Civil. Mais ce privilège, hélas, présentait la même fragilité que l'action résolutoire, exposé qu'il était à des périls identiques : la faillite et l'aliénation.

La faillite de l'acquéreur advenant, le privilège s'évanouissait. La faillite était, pour le vendeur, l'événement le plus redoutable : seul son droit de rétention restait

1 Aliénation : Paris, 28 avril 1858, *Journ. Trib. Comm.*, 1858, p. 354 ; Cass., 21 avril 1884, D., 84, 1, 241 ; S., 86, 1, 105 ; 3 mars 1890, D., 91, 1, 415 ; S., 191, 1, 65 ; Comm. Lyon, 26 juil. 1901, Gaz. Comm. Lyon, 3 déc. 1901 ; Comm. Seine, 14 janv. 1903, *Le Droit*, 5 mars 1903 ; 28 mai 1903, *Le Droit*, 4 août 1903 ; Cour de Paris, 5e Ch., 27 juin 1904, Gaz. Pal., 1904, 2, 422. — Faillite : Cass., 24 déc. 1889, D., 90, 1, 161 ; S., 91, 1, 455 ; Civ. rej., 26 déc. 1900, D., 1901, 1, 218 ; Nancy, 10 nov. 1897, *Journ. Trib. Comm.*, 98, p. 856 ; Comm. Saint-Etienne, 29 mars 99, Gaz. Pal., 99, 1, 564 ; Trib. Comm. Seine, 18 mai 1901, *La loi*, 26 juin 1901 ; Paris, 22 mai 1901, D., 1903, 2, 97.

intact ; l'action en résolution était perdue ; le droit spécial de revendication sous huitaine se trouvait annihilé, lui aussi ; enfin, le privilège était éteint. Ainsi en décidaient doctrine et jurisprudence[1], par obéissance à l'article 550 Code Commerce qui, d'une façon générale, retire au vendeur de meubles, en cas de faillite de l'acheteur, le bénéfice de son privilège : « Le privilège et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 du Code Civil au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite. » Et cette application de l'article 550 Code Commerce au privilège du vendeur du fonds constituait, d'ailleurs, une saine interprétation de la loi : en effet, à consulter les travaux préparatoires de cet article, nous voyons qu'une pensée de protection du crédit commercial l'inspirait. Le privilège du vendeur de meubles étant occulte, l'on voulait éviter que les tiers, n'ayant pu connaître ce privilège au moment de traiter avec le commerçant, eussent la désagréable surprise, la faillite de ce dernier déclarée, de voir appréhender par un créancier se révélant à la dernière minute, l'actif du débiteur distribué. L'on avait tout lieu de croire le négociant propriétaire de la chose qu'il avait en sa possession ; aucune publicité ne permettait d'acquérir la conviction contraire : maintenir le privilège du vendeur, au cas de faillite, n'était-ce pas ébranler profondément les bases du crédit commercial ? — Vainement, lors de la discussion de la loi de 1838, un député, touché

1 Paris, 25 juil. 1882, *Journ. des Fail.*, 1882, p. 602 ; Nîmes, 10 mai 1885, *Journ. des Fail.*, 1886, p. 372 ; Comm. Seine, 12 janv. 1887, *Journ. Trib. Comm.* 1888, p. 156 ; Paris, 7 août 1897, D., 98, 2, 437.

de la situation qui serait ainsi faite au vendeur de fonds de commerce, vendeur hors pair, aliénant bien souvent, avec son fonds, son patrimoine tout entier, proposait-il qu'une exception fût faite en sa faveur et qu'il n'eût rien à craindre de la faillite. Le Rapporteur de la Commission, M. Renouard, repoussa nettement l'amendement proposé : « C'est contre ce privilège que l'article est surtout dirigé. Les individus qui traitent avec un marchand ne peuvent se faire représenter les actes en vertu desquels celui-ci a acheté le fonds dont il est nanti. Vouloir que le vendeur d'un fonds exerce un privilège en vertu d'un acte latent, inconnu des tiers qui ont traité avec son acheteur, c'est exposer à des déceptions la bonne foi publique. »

C'est donc le caractère occulte du privilège du vendeur de fonds de commerce qui l'empêcha de trouver grâce devant le législateur de 1838. Et, les motifs d'après lesquels ce dernier s'était décidé paraissant d'ordre public, les tribunaux annulaient impitoyablement toute convention, toute clause dont l'effet eût été de maintenir le privilège du vendeur, au détriment de la faillite. Aussi, devant la gravité du péril, le vendeur, désespérant de se voir colloquer à titre privilégié comme tel, songeait-il bien souvent à acquérir le droit de préférence du créancier nanti, qui, lui, n'avait rien à redouter de la faillite, et se faisait-il consentir par son acheteur un nantissement sur le fonds transmis.

Mais la faillite n'était pas le seul danger : un autre événement juridique menaçait le privilège du vendeur de fonds de commerce : l'aliénation du fonds.

Sans doute, au cas de revente, si le prix restait dû par le sous-acquéreur, le vendeur primitif, de par son droit de préférence, pouvait absorber ce prix par privilège. Mais combien ce droit de préférence était précaire : un simple paiement en mains du vendeur intermédiaire, de ses créanciers, ou d'un cessionnaire régulier du prix de vente, le faisait disparaître sans remède possible. Et de plus, une jurisprudence rigoureuse[1], inspirée de solutions analogues adoptées en matière d'offices ministériels, venait en contenir l'exercice dans des limites étroites : au cas de reventes successives du fonds, le vendeur originaire ne pouvait émettre la prétention de faire valoir son privilège que sur le prix de la première revente ; les prix afférents aux reventes ultérieures restaient en dehors de son atteinte. L'on voit à quel point ces solutions étaient désavantageuses pour lui.

D'ailleurs, le vendeur du fonds avait-il la ressource de suivre l'objet de la vente en mains d'un tiers acquéreur ? L'affirmative avait quelquefois été soutenue. Mais l'opinion contraire triompha facilement. Les auteurs faisaient remarquer, en effet, que l'article 2102-4° Code Civil est formel, qu'il ne garantit par un privilège le prix d'effets mobiliers non payés que « s'ils sont encore en la possession du débiteur ». Impossible, disait-on, de dénier plus catégoriquement tout droit de suite. Et certains interprétaient même la formule de l'article 2102-4° : « encore en la possession du débiteur », en lui donnant le sens dans lequel l'entendaient nos anciens, pour qui « être encore

1 Trib. Seine, 9 déc. 1896, et 5 fév. 1897, *Journ. Trib. Comm.* 1897, p. 833.

en la possession du débiteur » voulait dire : « n'avoir pas été aliéné par lui ». En conséquence, dans cette opinion, le privilège du vendeur disparaissait, dès l'instant qu'une aliénation avait été consentie par l'acquéreur, et malgré que la possession, la détention plutôt de ce dernier subsistât[1].

Quant à la jurisprudence, elle se modelait sur la doctrine, et refusait tout droit de suite au vendeur du fonds[2]. C'est que, pour elle, les inconvénients d'une solution opposée apparaissaient flagrants. Le caractère occulte du privilège du vendeur de fonds, qui avait conduit à le briser en cas de faillite, imposait la même mesure en cas de revente. Pouvait-on laisser le sous-acquéreur exposé au droit de suite du vendeur originaire, alors qu'il n'avait aucun moyen de soupçonner l'existence de son privilège ? Qui donc lui aurait ouvert les yeux à la vérité ? Son propre vendeur ? Ce dernier avait, au contraire, tout intérêt à l'abuser, et c'était chose si facile : prétendre que le fonds lui avait été donné ou légué, qu'il l'avait créé lui-même, ou que les titres d'acquisition et de libération avaient été égarés ou détruits, l'acquéreur intermédiaire n'avait que l'embarras du choix. Suspendrait-on sur la tête du sous-acquéreur l'épée de Damoclès d'une expropriation que rien ne lui permettait de prévoir ? Au reste, le droit de suite une fois reconnu, l'acheteur d'un fonds de commerce ne se serait-il pas trouvé dans la nécessité

1 Planiol, op. cit., t. II, n° 2618.

2 Comm. Seine, 9 déc. 1896, *Journ. Trib. Comm.* 1897, p. 833 ; Civ. Seine, 15 fév. 1897, *La loi*, 2 mars 1897.

de remonter indéfiniment dans le passé, pour connaître une entière sécurité et une possession paisible?

Telle était, d'une façon générale, la situation du vendeur de fonds de commerce, avant la loi du 17 mars 1909. Nous en avons tracé, on s'en est rendu compte, un assez sombre tableau, et l'on ne sera point surpris que les doléances pressantes du monde commercial aient réclamé pour lui une protection meilleure. Mais, avant d'examiner l'œuvre du législateur ainsi sollicité d'intervenir, il nous faut préciser, au point de vue juridique, la nature du droit reconnu au vendeur, avant la loi Cordelet.

Il est incontestable que la garantie de ce vendeur est véritablement un privilège, se réduisant à un tour de faveur, à un droit de préférence, sans comporter aucun droit de suite. C'est le privilège spécial que l'article 2102-4° Code Civil confère à tout vendeur de meubles, et que l'article 550 Code de Commerce vient paralyser, dans l'hypothèse d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire. Or, cette constatation faite, nous ne pourrons bien évidemment que nous incliner devant le mode de classement adopté par les auteurs, pour situer, dans une répartition de deniers, après la réalisation du fonds, la créance du vendeur. Il faudra comparer ce vendeur aux privilégiés concurrents, pour voir s'il convient de lui donner le pas sur eux, ou bien de les lui préférer au contraire.

Mais le vendeur du fonds retire-t-il un grand avantage de ce mode de classement? Eh bien non, et, dans ce grand concours des privilégiés sur fonds de commerce,

il n'obtient, piteusement, que le tout dernier accessit[1] : d'abord, et sans aucune contestation, le privilège général des frais de justice passé avant lui. Une opinion bien établie lui préfère de même un privilège d'égale étendue, celui des commis et ouvriers. La raison donnée de cette préférence est que commis et ouvriers, par leur travail, ont assuré la vie du fonds de commerce et doivent dès lors être considérés comme des conservateurs. Et en effet, solution unanime, les privilèges fondés sur une idée de conservation de la chose doivent primer le privilège du vendeur du fonds. Le privilège du bailleur le primera également, soit que l'on argumente par analogie de l'article 2102-4° alinéa 3 ; soit que l'on réédite, pour faire admettre la priorité du propriétaire locateur, les raisons par lesquelles on explique la préférence accordée aux commis et ouvriers ; soit, enfin, que l'on considère le droit au bail comme ne pouvant entrer dans la composition du fonds que sous déduction des charges qui le grèvent.

Quant au conflit éventuel du vendeur du fonds avec le vendeur de meubles, on le tranche communément en faveur de ce dernier : l'alimentation du fonds en marchandises ou en matériel, fait-on observer, est un acte conservatoire.

Enfin, les privilèges fondés sur une idée de gage doivent évincer celui du vendeur. L'application la plus intéressante du principe intervenait au cas de collision des deux privilégiés d'ensemble : vendeur et créancier

1 Cf. Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 212, n° 199 ; Supplément, p. 12, n° 30. — André Chambon, *Le privilège du vendeur de fonds de commerce d'après la loi du 17 mars 1909*, Thèse, Paris, 1910, p. 161 à 166.

nanti. De ce fait que le créancier nanti était considéré comme un gagiste, l'on déduisait qu'il devait primer le vendeur[1]. Une exception unique faisait fléchir la rigueur de la règle, si le créancier nanti était de mauvaise foi[2]. Et encore, dans cette hypothèse même, ce dernier avait un moyen bien simple de se débarrasser de son adversaire : faire déclarer la faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur, et anéantir ainsi le privilège du vendeur du fonds. D'ailleurs, au seul point de vue du classement, le créancier nanti était en général en bien meilleure posture que le vendeur, et celui-ci avait ainsi un motif de plus de se faire consentir un nantissement par son acheteur, motif qui venait s'ajouter à la crainte de la faillite.

Le rang du vendeur de fonds était donc déplorable. Après lui, que restait-il? Simplement les privilèges généraux autres que ceux des frais de justice et des commis et ouvriers. Et cela même était contesté par certains, qui prétendaient préférer tous les privilèges généraux, sans exception. Au surplus, à supposer leur prétention repoussée, la faveur faite au vendeur était évidemment négligeable.

Résumons-nous : jusqu'en 1909, le vendeur de fonds de commerce est dans une situation désastreuse. Seul un droit peu pratique de rétention lui reste en toute hypothèse, la vente conclue sans terme. Son action

1 Amiens, 8 mai 1906, Gaz. Trib. 17 juil. 1906 ; Paris, 8 janv. 1908, D., 1908, 2, 147.

2 Toulouse, 25 juillet 1899, rappelé dans Toulouse, 24 janv. 1901, *Journ. des Fail.* 1901, p. 212 ; Paris, 12 nov. 1904, Gaz. Pal., 1er déc. 1904 (Bulletin des Cours d'appel).

résolutoire est à la merci d'une aliénation, d'une faillite. Et ce dernier évènement, outre qu'il éteint son droit de revendication sous huitaine de vendeur au comptant, vient le priver surtout d'un privilège qui ignore le droit de suite, et ne connait qu'un rang détestable.

Profondément ému de cette situation, le législateur de 1909 va intervenir. Ce sera avec la pensée bien arrêtée, le souci constant de réparer les anciennes injustices, et d'améliorer le sort jusqu'alors si peu enviable du vendeur de fonds de commerce. Et quel va être le résultat d'une intervention faite dans cet esprit? La loi se contentera-t-elle de renforcer, sans d'ailleurs en changer la nature, la garantie du vendeur ou bien la bonne intention de ses auteurs n'aboutira-t-elle pas, à leur insu, à substituer à l'ancien privilège un mode de sûreté d'une tout autre sorte juridique? C'est ce qu'il nous convient maintenant de rechercher.

SITUATION DU VENDEUR APRÈS LA LOI DU 17 MARS 1909

Comment donc la loi Cordelet a-t-elle manifesté sa sollicitude envers le vendeur du fonds ? Remarquons d'abord que le privilège et l'action résolutoire seuls ont été l'objet d'un remaniement. Les garanties du vendeur ne sont donc modifiées qu'*in parte qua*. C'est dire que droit de rétention et droit de revendication continuent de lui appartenir, dans les mêmes conditions qu'auparavant.

Au sujet de l'action en résolution réorganisée[1], nous nous bornerons à signaler, afin de ne pas sortir du cadre que nous nous sommes tracé, qu'elle est dorénavant soumise à publicité par voie d'inscription commele privilège du vendeur lui-même, qu'elle est étroitement solidarisée avec ce privilège, courant des chances d'extinction identiques; qu'elle est tripartite, comme le privilège encore, ce qui n'empêche pas cependant le vendeur, bien qu'exerçant son action pour partie, d'être tenu de reprendre le fonds tout entier (art. 2 al. 3) : enfin qu'elle est désormais soustraite aux risques anciens, susceptible d'être exercée utilement contre la faillite, ou contre un sous-acquéreur. — Et nous en arrivons sans plus tarder à l'étude du « privilège ».

C'est en effet le terme dont le législateur s'est servi pour dénommer le droit dont il gratifiait le vendeur du fonds. Mais ce terme correspond-il à une réalité juridique

1 Article 2 de la loi du 17 mars 1909.

précise et définie ? Nous savons déjà que non : privilège, c'est là, dans la langue moderne du droit, un terme vague et incertain, vide de sens propre. Il nous faudra donc, ici tout comme pour le créancier nanti, analyser la situation faite au vendeur du fonds, et examiner, avant de nous prononcer sur la nature de sa garantie, la façon même dont cette garantie aura été organisée.

En premier lieu, constatons que le privilège (employons provisoirement ce terme) du vendeur est, de par la loi nouvelle, soumis à publicité. L'article 1er nous dit : « Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu que..... s'il a été inscrit sur un registre public tenu au Greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité[1]. » La formalité à remplir est, on le voit, la même que pour le créancier nanti. Le privilège du vendeur cesse d'être occulte et cette publicité est la pierre angulaire du système de la loi Cordelet ; c'est elle qui, par exemple, permet de soustraire le privilège du vendeur au danger de la faillite : article 2 alinéa dernier : « L'article 550 du Code de Commerce n'est applicable ni au privilège, ni à l'action résolutoire du vendeur du fonds de commerce. » D'ailleurs, tous ceux qui réclamaient pour le vendeur une amélioration de traitement, convenaient qu'une réforme n'était possible qu'avec le secours pour les tiers d'une publicité efficace.

Mais de quelle façon cette publicité par voie d'inscription sur les registres du greffier est-elle organisée ? Elle

1 Compléter l'art. 1er par l'art. 24 exigeant pour certains éléments une publicité supplémentaire à l'Office National de la propriété industrielle, et renvoyant, d'autre part, à la loi du 5 juillet 1844.

soulève, sans doute, de très intéressants et délicats problèmes. A notre grand regret, nous ne pouvons songer à les aborder ici, sous peine de nous égarer dans des digressions. Toutefois, au sujet de cette inscription du privilège du vendeur, nous retiendrons une exigence particulière de la loi, parce que cette exigence nous paraît entraîner des conséquences remarquables, en ce qui concerce le droit que nous étudions en ce moment.

Le privilège du vendeur, d'après la loi du 17 mars 1909, peut porter sur le fonds tout entier, alors qu'en matière de nantissement, les marchandises sont exclues de l'hypothèque du créancier nanti. Tous les éléments du fonds pourront être, le cas échéant, affectés à la garantie du vendeur. Or, l'article 1er contient cet ordre: « Des prix distincts sont établis (dans l'acte de vente et l'inscription) pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises. Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix, ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel, et aux éléments incorporels du fonds. »

Ainsi, il ne suffira pas d'énumérer les éléments grevés du privilège du vendeur : il faudra de plus mentionner trois évaluations distinctes, l'une pour les éléments incorporels, l'autre pour le matériel, l'autre enfin pour les marchandises. Les travaux préparatoires nous renseignent de la façon suivante sur le but poursuivi par le législateur :

« Ce qui revient à dire, et cela est équitable et juridique, que le matériel réparé ou partiellement renouvelé

n'est censé subrogé à l'ancien, et les marchandises elles-mêmes ne sont censées subrogées à celles existantes lors de la première vente, que pour la valeur qui leur a été attribuée par cette vente. L'obligation imposée par le paragraphe 4 de fixer pour le matériel et pour les marchandises des prix distincts de celui qui s'applique aux autres éléments du fonds, permet de limiter ainsi l'effet du privilège à son objet précis, à la cause même dont il procède. Le fonds de commerce, simple universalité de fait, ne peut pas être considéré comme indivisible en ce sens que quelle que soit la différence de valeur de ses divers éléments au moment de la première vente et lors de la revente, le prix total de la première vente, soit garanti par privilège sur la totalité du prix de la revente[1]. »

Nous n'avons pas à apprécier l'opportunité pratique de cette exigence des prix distincts, mais nous devons faire une remarque importante : la loi nouvelle, par sa disposition précitée, a, en réalité, divisé la vente jadis globale et unique du fonds de commerce en trois ventes indépendantes : vente des marchandises, vente du matériel, vente des éléments incorporels. Et chacune de ces trois ventes donnera lieu à un privilège de vendeur autonome. Nous aurons ainsi trois privilèges.

Pure subtilité, dira-t-on, à souligner cette multiplication de la garantie du vendeur. Non, car la seule conséquence n'est pas que le but indiqué par les travaux préparatoires sera atteint, que « l'effet du privilège sera limité à son objet précis, à la cause même dont il pro-

1 Rapport supplémentaire Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 253, n° 303.

cède ». Nous aurons de plus, bel et bien, trois privilèges, puisque ces trois privilèges au lieu de partager une fortune commune, pourront connaître un sort différent : l'un d'eux pourra se trouver éteint, et les autres subsister.

Généralement, le privilège sur marchandises et le privilège sur matériel s'évanouiront les premiers, laissant demeurer seul le privilège sur éléments incorporels. Il faut en effet tenir compte de l'intention du législateur que « le gage apparent sur lequel les tiers créanciers ont dû surtout compter leur soit restitué en premier lieu[1] ». Article premier alinéa 5 : « Nonobstant toute convention contraire, les payements partiels autres que les payements comptant s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel ». Mais, si ce commandement de la loi nous fait comprendre quelle sera la règle, il nous montre aussi la possibilité de l'exception. Supposons des paiements partiels effectués au comptant, les parties seront libres de les faire porter à leur gré sur le prix de telle ou telle catégorie d'éléments, sur le prix des éléments incorporels d'abord, du matériel ensuite. Le vendeur aura même souvent intérêt à agir de la sorte, la valeur des éléments incorporels étant, comme le constatait M. Cordelet dans son Rapport supplémentaire, beaucoup plus incertaine et aléatoire que celle des marchandises ou du matériel.

Dès lors, il pourra ne subsister que deux privilèges, qu'un seul peut-être, et les parties seront libres de dire lesquels ou lequel. Bref, dans l'hypothèse d'un règlement partiel au comptant, la liberté du choix est

1 Rapport supplémentaire Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 254, n° 304.

complète. Dans le cas de paiements partiels autres que des paiements comptant, le législateur substitue sa volonté à celle des parties, mais la dissociation des privilèges reste la même.

Par conséquent, l'ancien privilège, unique et indivisible, du vendeur de fonds de commerce, a fait place à trois privilèges indépendants, à portée restreinte, chacun n'ayant de vigueur qu'à l'intérieur de son compartiment. Par où l'on aperçoit l'intérêt qu'aura encore le vendeur, sous le nouveau régime, à se faire consentir un nantissement sur le fonds, l'hypothèque du créancier nanti restant indivisible et permettant à son titulaire de se faire colloquer par préférence sur le prix de tous les éléments du fonds de commerce, marchandises exceptées, pour la totalité de son dû.

Mais, le sectionnement de l'ancien privilège du vendeur une fois constaté, demandons-nous maintenant quelle est au juste la nature juridique des trois privilèges nouveaux. Le problème est identique pour chacun d'eux : ces droits ont la même nature. Et laquelle ? Affirmons dès à présent que ce sont là trois hypothèques.

Quelles sont en effet les prérogatives que la loi Cordelet confère à ces prétendus privilèges ? — Un droit de préférence, en premier lieu, qui se conserve par voie d'inscription, comme l'hypothèque du créancier nanti. Et, à propos de cette inscription, notons que les règles applicables sont empruntées pour la plupart au régime hypothécaire. Pour le prouver, il nous suffirait de renouveler la démonstration déjà faite sur ce point au sujet du créancier nanti. Il ne faut pas perdre de vue,

en effet, que le Chapitre III de la loi nouvelle, qui a trait à la réalisation du gage, à la purge des créances inscrites, aux formalités de l'inscription et aux obligations du Greffier, est commun tout entier au vendeur et au créancier nanti. Pour éviter des redites, nous pourrons donc, à plus d'une occasion, procéder par simple renvoi aux développements antérieurs consacrés au soi-disant gagiste.

Les privilèges du vendeur sont pourvus du droit de préférence. Mais ce droit n'est pas solitaire, et l'inscription confère aussi le droit de suite. L'article 22 nous dit : « Les privilèges du vendeur... suivent le le fonds en quelques mains qu'il passe ». L'on voit ici s'affirmer la bienveillance du législateur pour le vendeur de fonds de commerce. Dorénavant, plus d'aliénation à redouter : que le fonds reste dans le patrimoine de l'acquéreur ou qu'il en sorte pour passer dans celui d'un tiers, les droits du vendeur seront pareillement sauvegardés ; dans tous les cas, il pourra saisir le fonds à l'échéance, pour le faire vendre et se faire payer par préférence sur le prix. Les trois droits du vendeur sont, en un mot, trois droits réels, opposables à tous.

Mais, dès lors que le droit de suite, refusé au vendeur jusqu'en 1909, est formellement accordé à ses trois droits nouveaux, dès lors que ces droits sont devenus des droits réels, pourrons nous raisonnablement continuer à parler de « privilèges » ? « Les privilèges véritables ne sont pas des droits réels » écrit M. Planiol[1]. Ils ne

1 Planiol, op. cit., t. II, p. 801, nº 2548.

confèrent par eux-mêmes aucun droit de suite. « Il n'y a de droits réels que ceux qui permettent à une personne de faire sur une chose des actes de maître. Tels sont la propriété, l'usufruit, les servitudes, l'emphytéose, le gage; telle est encore l'hypothèque, parce qu'elle tend à faire délaisser la chose au créancier et qu'elle autorise celui-ci à en transférer la propriété à autrui. Dans le privilège, rien de semblable[1]. »

Les trois droits réels attribués par la loi Cordelet au vendeur sur chacune des catégories d'éléments en quoi elle scinde l'ensemble fonds de commerce, ne sauraient donc être des privilèges. Quelle est leur nature juridique ? — La réponse est facile : ces trois droits réels de garantie armant le vendeur du fonds ne sont autres que des hypothèques. Ne permettent-ils pas au vendeur, sans déposséder actuellement le propriétaire du fonds hypothéqué, de s'en emparer à l'échéance pour le faire vendre, en quelques mains qu'il se trouve, et se faire payer sur le prix, par préférence aux autres créanciers[1] ?

Et, pour étayer cette thèse de l'hypothèque par l'examen de l'organisation pratique donnée par la loi de 1909 aux droits réels du vendeur, nous n'aurions qu'à répéter toutes les constatations faites précédemment au sujet de la purge, de la surenchère, de l'expropriation du fonds de commerce, à l'occasion du créancier nanti. La situation du vendeur, nous le savons,

1 Cf. la définition de l'hypothèque citée plus haut à propos du nantissement.

est absolument identique à celle de ce dernier, sous tous ces rapports[1].

Au surplus, l'étude des droits réels du vendeur de fonds de commerce amène fatalement l'esprit, par une association d'idées toute naturelle, à se reporter vers le vendeur d'immeuble. C'est qu'il existe, entre vendeurs d'immeuble et de fonds de commerce, des analogies puissantes : publicité, réalité du droit, solidarité de ce droit avec l'action résolutoire, purge, surenchère. La ressemblance, signalée par les auteurs[2], n'est pas sans avoir été remarquée par le législateur lui-même, au cours des travaux préparatoires. Or, quelle est la nature juridique du droit du vendeur d'immeuble ? Les autorités de la doctrine répondent: le droit du vendeur d'immeuble n'est qu'une hypothèque. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, par exemple, après avoir fait l'historique du droit du vendeur d'immeuble, et rappelé que notre ancien droit, comblant une lacune du droit romain, avait accordé à ce vendeur une hypothèque, soutiennent que telle est encore la nature juridique de la garantie que lui offre le Code Napoléon[3]. Et M. Planiol, de son côté, nous affirme

1 « En ce qui concerne les formalités de l'inscription, son renouvellement, sa radiation, le droit de faire ordonner par justice la vente du fonds, le droit de suite qui peut être exercé contre un tiers détenteur, la faculté pour celui-ci de purger, la surenchère du dixième, etc., le privilège du vendeur est régi par les mêmes dispositions que le privilège du créancier gagiste. » Léon Lacour, *Précis de Droit Commercial*, 1912, 1er fascicule, p. 490, n° 818.

2 Cf. Bouvier-Bangillon, op. cit., passim ; Léon Lacour, op cit., p. 488, n° 812 ; J. Percerou, *Traité des Faillites*, t. 1er, nos 726 et 727.

3 Baudry-Lacantinerie et P. de Loynes, op. cit., Préface, par P. de Loynes, p. 2, et t. 1, p. 433, n° 565.

que le droit du vendeur d'immeuble est « une véritable hypothèque[1] ». Mais, puisque les droits du vendeur de fonds de commerce sont en tout semblables au droit du vendeur d'immeuble, ces droits doivent être des hypothèques, eux aussi.

En conséquence, nous avançons que la loi Cordelet a créé non pas une, mais quatre hypothèques mobilières. A côté de l'hypothèque du soi-disant gagiste, le privilège à triple compartiment du vendeur nous en présente trois autres. Et ces différentes hypothèques mobilières sont chose éminemment remarquable dans notre droit français contemporain, surtout si l'on résout par l'affimative une question que nous ne pouvions songer à aborder qu'après avoir fixé la double situation du vendeur et du créancier nanti, car elle se pose aussi bien en matière de vente qu'en matière de nantissement.

L'hypothèque du créancier nanti est une hypothèque globale, qui affecte le fonds tout entier, à l'exclusion des seules marchandises. Les hypothèques du vendeur grèvent distinctement l'ensemble marchandises, l'ensemble matériel, l'ensemble éléments incorporels. Sur ces différents ensembles, fonds de commerce, marchandises et matériel, les hypothèques sortiront incontestablement leur plein et entier effet. Le créancier du prêt ou du prix de vente aura le droit de les suivre. Et ces hypothèques mobilières intégrales seraient déjà chose suffisamment neuve, dans notre droit. Mais il pourra se faire que le commerçant débiteur ou acheteur, au lieu d'aliéner en bloc matériel, marchandises, éléments

3 Planiol, op. cit., t. II, p. 899, n° 2887.

incorporels, et de déclancher ainsi le droit de suite du créancier nanti ou du vendeur, se contente de vendre ou de donner en gage des éléments séparés du fonds, détachés de l'un des ensembles créés par la loi. Il vendra, par exemple, ou donnera en gage un brevet d'invention, un lot de meubles corporels faisant partie du matériel : quelle sera la situation du vendeur ou du créancier nanti, inscrits sur le fonds de commerce ? Pourront-ils suivre ces éléments séparés, comme ils pourraient suivre l'ensemble lui-même d'où le débiteur les a distraits ?

La question est unanimement résolue par l'affirmative en ce qui concerne les brevets d'invention, licences, dessins et modèles, etc [1]. Tout le monde admet que le créancier hypothécaire de la loi Cordelet pourra exercer sur eux son droit de suite, dans l'hypothèse d'une aliénation ou d'une mise en gage. La raison qu'on en donne est que ces meubles sont nettement individualisés, partant susceptibles d'un système centralisé de publicité ; que d'ailleurs, étant de nature incorporelle, ils ignorent l'application de l'article 2279 du Code Civil. — Mais il y a controverse pour les meubles corporels, au sujet desquels les opérations juridiques ne peuvent recevoir d'autre publicité que celle d'une mise en possession effective. Et c'est en effet à leur propos que le problème devient particulièrement intéressant.

Certains auteurs[1] ont cru devoir refuser, dans ce cas, au créancier hypothécaire, nanti ou vendeur, le droit de suite. La réforme de la loi du 17 mars 1909, dit-on,

1 Voir notamment Percerou, note au D., 1911, 2, 314, col. 1, et 315-316.

ne doit pas conduire jusque-là : les hypothèques organisées par elle n'ont leur pleine vigueur qu'en présence d'une aliénation d'ensemble. Sur un élément séparé, et de nature corporelle, le droit du créancier hypothécaire se ramènera au droit de préférence; tout droit de suite sera perdu, et l'on invoque le Code Napoléon : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

Mais l'opinion adverse gagne chaque jour du terrain. Et, en effet, pourquoi se réclamer de l'article 2119 Code Civil, puisqu'il est certain que sa disposition a été battue en brèche par la loi du 17 Mars 1909 ? Le principe même de l'hypothèque sur meubles est désormais admis. Or, la loi nouvelle n'est-elle applicable qu'à l'ensemble compact fonds de commerce ? Rien ne permet de l'affirmer. Certains prétendent même administrer, d'après les textes, la preuve irréfutable du contraire[1]. D'ailleurs, si l'on veut assurer de façon sérieuse la protection du créancier nanti et du vendeur, si l'on ne veut pas les réduire à une garantie illusoire et vaine, il faut de toute nécessité leur reconnaître un droit de suite sur les éléments séparés du fonds. Sans cela, ils seraient presque tout autant qu'auparavant à la merci de leur débiteur, et la loi Cordelet n'aurait apporté qu'un remède bien imparfait au mal que l'aliénation leur faisait endurer jadis.

Mais si l'on admet, conformément à cette opinion, que les hypothèques du créancier nanti et du vendeur leur donnent un droit de suite sur les éléments séparés

1 Bouvier-Bangillon, op. cit., Appendice : *Des éléments du fonds de commerce considérés distinctement du fonds.*

du fonds, autres mêmes que brevets d'invention et consorts, l'on se trouve par cela seul en face d'une situation juridique extrêmement originale, dans notre droit français moderne. Car nous allons avoir un exemple sans précédent d'hypothèque intégrale, avec droit de suite et droit de préférence, portant sur des meubles corporels ordinaires. Le fait, disons-nous, sera nouveau. Le navire, sans doute, est un meuble corporel susceptible d'hypothèque, mais, par ses dimensions, par sa physionomie caractéristique, il constitue, tout le monde en convient, un meuble tout à fait à part. Le fonds de commerce, à le considérer dans son ensemble, est un meuble incorporel, l'hypothèque qui pourra l'affecter, malgrè son droit de suite, ne viendra pas tenir en échec l'article 2279. La saisie-revendication du propriétaire prévue par l'article 2102-1° alinéa 5 du Code Civil, s'explique plutôt par une idée de vol de gage que par la réalité du droit du locateur. Et quant à l'hypothèque des produits agricoles organisée par la loi du 18 juillet 1898, il est bien certain qu'elle se réduit au droit de préférence, et que l'article 2279 n'en est pas touché.

Accueille-t-on la théorie du droit de suite sur les éléments séparés du fonds de commerce, c'est une véritable révolution juridique. C'est, dans notre droit, une hypothèque unique sur meubles corporels, avec l'intégrité des conséquences de la réalité du droit hypothécaire. Et, chose éminemment intéressante, les juristes modernes se trouveraient ainsi ramenés aux solutions d'un passé très lointain. Car cette hypothèque sur meubles

corporels que la loi de 1909 acclimaterait dans nos Codes, c'est l'hypothèque romaine elle-même, ressuscitée sous son aspect le plus hardi. La législation, par une évolution tout à fait remarquable, retournerait aux conceptions des origines.

Mais, cette question du droit de suite sur éléments séparés examinée pour le créancier nanti et pour le vendeur à la fois, revenons-en maintenant exclusivement à ce dernier. Nous avons vu qu'il a, sous la loi Cordelet, l'énergique garantie de trois hypothèques mobilières. Suffit-il de dire des droits du vendeur que ce sont trois hypothèques, sans plus ? Ou bien faut-il encore qualifier ces hypothèques de façon particulière ? Ce point d'interrogation nous amène à envisager les conditions dans lesquelles le droit de préférence attaché aux hypothèques du vendeur va s'exercer.

La règle ordinaire des hypothèques est appliquée, nous le savons, au droit du créancier nanti : la préférence se règlera suivant l'ordre des inscriptions prises : *prior tempore, potior jure.* Les garanties du vendeur du fonds étant de même nature, il semble qu'une règle identique aurait dû être posée pour elles. Et pourtant l'article 2 alinéa 1er de la loi du 1er Mars nous dit :

« Elle (l'inscription du vendeur) prime toute inscription prise dans le même délai (de quinzaine de l'acte de vente) du chef de l'acquéreur ». Et les travaux préparatoires commentent ce texte ainsi : « Le privilège du vendeur de fonds, inscrit dans la quinzaine (comme celui du vendeur d'immeuble inscrit dans les quarante-cinq jours de la vente, article 6 de la loi du 23 Mars 1855),

primera toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur [1] ».

Le rapprochement effectué par l'honorable Rapporteur est erroné, pour ce qui est du moins de la conservation du droit de préférence des deux vendeurs comparés. Chacun sait en effet que le vendeur d'immeuble, pour bénéficier du tour de faveur à lui concédé, n'a nul besoin de prendre inscription dans un délai déterminé. Il sera toujours à temps de s'inscrire au point de vue du droit de préférence, à la condition bien entendu qu'aucun événement ne soit venu arrêter le cours des inscriptions. Le délai de quarante-cinq jours n'est imposé au vendeur d'immeuble qu'au point de vue de la conservation de son droit de suite. Le Rapport Cordelet avait à viser bien plutôt le délai de soixante jours imparti au copartageant, pour la sauvegarde de son droit de préférence.

Mais, fort heureusement, cette légère incorrection n'enlève rien à la clarté du texte de la loi et des travaux préparatoires. Nous savons qu'avant 1909, le mode de classement de la jurisprudence aboutissait à préférer systématiquement le créancier nanti de bonne foi au vendeur du fonds. Cette solution désastreuse pour ce dernier l'amenait même souvent, pour se prémunir contre le risque d'un nantissement consenti à un tiers, à prendre les devants et à se faire inscrire sur le fonds, dès l'acte de vente, à titre de gagiste. La loi nouvelle, reconnaissant l'impérieux besoin d'une modification favorable aux droits du vendeur, a voulu rendre inutile le recours

1 Rapport Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 97, n° 126.

de ce dernier à « l'expédient »[1] du nantissement : désormais, à la seule condition de s'inscrire dans la quinzaine de l'acte de vente, le vendeur de fonds de commerce primera tous créanciers nantis inscrits du chef de l'acquéreur, même si les inscriptions de ceux-ci sont antérieures à la sienne propre.

Mais quel changement la disposition de l'article 2 alinéa 1er a-t-elle fait subir aux droits du vendeur du fonds ? En a-t-elle transformé la nature juridique ? Aucunement ; les droits du vendeur ont conservé leur nature hypothécaire. Seulement, il faut nous souvenir que les hypothèques, quant à la vigueur du droit de préférence, sont de deux sortes : les hypothèques ordinaires, dont le rang se détermine par application de la règle : « *prior tempore, potior jure* », et cela en tenant compte soit de la date de naissance du droit, soit de la date à laquelle certaines formalités de publicité ont été remplies ; — et, d'autre part, les hypothèques privilégiées, qui ne sont plus assujetties à cette règle, mais qui, dans la série des hypothèques, bénéficient, de par la sollicitude du législateur, d'un rang favorable, toujours identique, dicté par la seule qualité de la créance[2]. Le type de l'hypothèque privilégiée, c'est, on le sait, Justinien qui nous l'a fourni, en décidant que l'hypothèque légale des femmes primerait toutes hypothèques antérieures en date. Notre droit français contemporain connait encore, sur les immeubles, des hypothèques

1 Proposition de loi présentée par M. Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 32, n° 11.

2 Cf. Planiol, op. cit., t. II, p. 899, n° 2886.

privilégiées : qu'il nous suffise de citer celles du vendeur d'immeuble (une analogie des plus remarquables le rapproche ainsi du vendeur de fonds), du copartageant, de l'architecte ; la doctrine est unanime à convenir de la nature hypothécaire des garanties de ces différents créanciers. En conséquence, le vendeur de fonds de commerce, affranchi de la règle *prior tempore*, aura bien à son service, sur le matériel, sur les marchandises, sur les éléments incorporels du fonds, trois hypothèques privilégiées qui, sans égard à leur date d'inscription, le délai de quinzaine étant observé, prendront toujours rang, retroactivement, au moment même de l'acte de vente[1].

Mais alors une question se pose, née de l'analogie des droits du vendeur de fonds de commerce avec les hypothèques privilégiées sur les immeubles. On n'ignore pas que ces dernières, pour pouvoir bénéficier de leur tour de faveur, doivent être inscrites, pour la plupart, dans un délai déterminé : ce délai expiré, le tour de faveur est perdu. Sans doute, elles peuvent encore être inscrites ; mais elles sont alors soumises à la règle commune : *prior tempore*. L'article 2113 Code Civil nous dit en effet : « Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilège (inscription dans un délai fixé) n'ont pas été

1 Ces lignes étaient écrites, quand nous avons eu la satisfaction de lire dans le *Précis*, de M. Léon Lacour (Dalloz, 1912) que « le privilège du vendeur de fonds de commerce est une hypothèque privilégiée. » L'auteur se borne à cette assertion, sans y rien ajouter ; mais elle constitue à elle seule, pour notre théorie, une approbation précieuse.

accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires, mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions. »

Les droits du vendeur de fonds de commerce n'étant eux-mêmes que des hypothèques privilégiées, ne doit-on pas étendre par analogie à ces droits la règle de l'article 2113 Code Civil ? Ne faut-il pas dire que le vendeur, malgré l'expiration du délai de quinzaine à lui imposé par la loi Cordelet, pourra s'inscrire encore, et que, dans ce cas, son droit, déchu en une hypothèque ordinaire, ne prenant rang qu'à sa date d'inscription, sera susceptible d'être primé par des nantissements inscrits avant lui, du chef de l'acquéreur ? L'argument d'analogie a évidemment une grande force.

Mais le texte de la loi du 17 mars est formel : c'est « à peine de nullité » que l'inscription du vendeur doit être prise dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. Au reste, les travaux préparatoires ne permettent pas la controverse :

« C'est à peine de nullité que l'inscription doit être prise dans la quinzaine. La proposition, en ce point, s'écarte de l'article 2113 du Code Civil, aux termes duquel les créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription dans un certain délai, telles que celles du vendeur d'immeuble et du copartageant, si elles n'ont été inscrites qu'après l'expiration de ce délai, ne cessent pas néammoins d'être hypothécaires, mais prennent rang seulement à la date de l'inscription. Une sanction plus rigoureuse a paru ici nécessaire, pour éviter que le vendeur, en retardant l'inscription, laisse

ignorer l'existence du privilège aux tiers qui traitent avec son acquéreur et qui seraient fondés à croire que le prix a été payé comptant[1]. »

On le voit, les hypothèques du vendeur seront toujours privilégiées ; elles seront telles, ou ne seront pas. Elles ne dégénéreront jamais en hypothèques ordinaires. Mais, ce point élucidé, il nous reste maintenant à tirer les conséquences de nos conclusions sur la nature juridique des droits du vendeur, en vue d'un classement des créanciers.

Tout d'abord, la qualité des hypothèques du vendeur leur fera toujours primer les hypothèques ordinaires, quelles que soient les dates des inscriptions respectives. Le créancier nanti devra donc toujours céder le pas au vendeur. Point n'est besoin d'insister, la loi est assez explicite.

Mais comment devront se régler, après la loi nouvelle, les différents conflits du vendeur du fonds avec les créanciers privilégiés de droit civil et de droit commercial ? Nous avons indiqué plus haut les solutions adoptées à ce propos, sous le régime de droit antérieur à 1909. On se rappelle que le rang du vendeur, d'après les idées reçues, était déplorable. Avant lui passaient tous les privilèges, sauf, et cela encore était contesté par certains, les privilèges généraux autres que ceux des frais de justice et des commis et ouvriers. Après la loi du 17 Mars, et nos constatations sur la transformation des droits du vendeur, que décider ?

A notre sens, l'ancien procédé consistant à comparer

1 Rapport Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 96, nº 126.

le vendeur aux autres créanciers privilégiés n'est plus de mise. Le vendeur de la loi Cordelet n'a plus un privilège, il a trois hypothèques privilègiées. Dès lors, pour trancher le débat, il suffit de remarquer qu'une hypothèque, même privilégiée, n'en reste pas moins une hypothèque. La notion de privilège, ici, n'a de valeur et de conséquence qu'au regard des autres hypothèques. Par suite, faisant application du principe français actuel suivant lequel les privilèges doivent toujours passer avant les hypothèques, nous préférerons au vendeur, créancier hypothécaire, tous créanciers privilégiés : vendeur de meubles, conservateur de la chose, bailleur, etc.

Pourra-t-on nous adresser le reproche de bouleverser un classement bien établi, et de sacrifier les droits si respectables du vendeur ? Aucunement, puisque nous avons montré que l'idée courante de privilège, tout comme notre idée d'hypothèque, aboutit pratiquement à donner la dernière place au vendeur, après tous ses émules. Mais, si le système que nous proposons n'a pas cet inconvénient, il offre d'autre part un immense avantage : celui de substituer à un principe de classement arbitraire et flottant, à la faveur duquel se glissent bien souvent dans le débat des arguments étrangers au droit, un principe, véritablement juridique celui-là, net, sans réplique, tarissant toute source de controverses.

Chapitre II

DES HYPOTHÈQUES IMMOBILIÈRES SUR LE MATÉRIEL IMMOBILISÉ PAR DESTINATION

Nous avons précédemment dit et redit que le fonds de commerce constituait un ensemble éminemment disparate, et que, dans la composition de ce meuble incorporel, pouvaient entrer, chose remarquable, des immeubles, susceptibles d'être hypothéqués suivant les règles du Code Civil. Il convient, en cette place, d'examiner d'un peu plus près comment cela va se produire.

« Tous les biens sont meubles et immeubles » nous dit l'article 516 du Code Napoléon, reproduisant l'article 88 de la Coutume de Paris. Voilà donc les deux catégories fondamentales. Mais, à l'intérieur de la catégorie des immeubles, la loi établit une sous-distinction : article 517 : « Les biens sont immeubles ou par leur nature, ou par leur destination. »

Le Code énumère, sans nous intéresser, les immeubles par nature : il est bien évident que nous ne saurions en rencontrer dans la composition du fonds de commerce[1]. En ira-t-il de même pour les immeubles par destination ?

1 Voir pourtant infra, 2e Partie, Ch. III, le paradoxe suivant lequel le fonds de commerce pourrait comprendre l'édifice même où il est installé, cet édifice se trouvant alors ameubli.

Les immeubles par destination, nous enseigne la doctrine « sont des objets qui sont mobiliers par leur nature, mais qui sont considérés comme immobiliers, à titre d'accessoires d'un immeuble auquel ils se rattachent[1]. » En somme, nous restons ici, bel et bien, en présence de meubles, et ce n'est que par une fiction que ces objets mobiliers seront traités comme l'immeuble lui-même. Une considération d'utilité pratique a décidé le législateur à faire ainsi violence à la nature des choses : il a paru bon d'assurer à l'immeuble l'aide indispensable de certains accessoires, et d'éviter que ces accessoires en fussent jamais dissociés, au cas par exemple de saisie, de partage, de mariage ou de legs.

Or, trouverons-nous des immeubles par destination, au sein du fonds de commerce ? Pour répondre en connaissance de cause, il nous faut d'abord préciser les conditions requises pour qu'il y ait lieu à immobilisation.

Une première condition est l'identité de propriétaire ; il est nécessaire que l'immeuble et les meubles à immobiliser appartiennent à la même personne. A vrai dire, la question ne se pose du reste que dans cette hypothèse : car, s'il y a deux propriétaires en cause, le Code n'a pas à empêcher, par une immobilisation, la séparation de l'immeuble et des meubles. En vertu de quel principe, en effet, restreindre le droit de libre disposition que chacun des deux propriétaires possède de son côté, et pourquoi solidariser les deux patrimoines ?

Cette exigence de l'identité de propriétaire nous

1 M. Planiol, op. cit., t. 1, p. 706, n° 2210.

montre qu'en matière de fonds de commerce, nous n'aurons pas à résoudre le problème de l'immobilisation dans tous les cas. Supposons un fonds de commerce exploité par un commerçant, simple locataire, il ne saurait en être question. Nous n'aurons à envisager la difficulté que si le négociant propriétaire du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble où le fonds est exploité.

Cette élimination faite, revenons-en aux autres conditions requises, pour voir si certains objets mobiliers faisant partie du fonds de commerce pourront les réunir, la première condition d'ailleurs remplie.

Outre l'identité de propriétaire, l'immobilisation exige qu'un rapport de destination soit établi entre le meuble et l'immeuble. A en croire les textes du Code, ce rapport serait susceptible de naître de deux façons différentes : 1° conformément à l'article 524, sans attache matérielle, l'immobilisation résultant de la seule affectation du meuble au service du bâtiment, du fonds ; 2° conformément à l'article 525, par l'effet d'une attache matérielle, fixant le meuble à perpétuelle demeure.

Mais les plus autorisés des commentateurs ont à bon droit fait observer que l'article 525, qui consacre ce dernier mode d'immobilisation par attache à perpétuelle demeure, est complètement inutile et ne fait qu'encombrer la matière[1] : des biens dont cet article 525 prétend règler la situation, les uns en effet sont de véritables immeubles par nature, et quant aux autres,

1 Cf. Planiol, op. cit., t. 1, p. 714, n° 2229.

c'est par le premier mode : affectation au service du fonds, qu'ils se trouvent immobilisés. Nous laisserons donc de côté l'article 525, et l'article 524 nous préoccupera seul, qui nous dit : « Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. »

Supposons maintenant un fonds de commerce appartenant au même propriétaire que l'immeuble où ce fonds est exploité. Dans l'ensemble fonds de commerce, des éléments mobiliers pourront incontestablement être réputés « placés pour le service et l'exploitation de l'immeuble, » si ce dernier est spécialement agencé en vue de l'exploitation commerciale. Il est bien facile de dire lesquels : ce seront évidemment les objets mobiliers faisant partie du matériel du fonds de commerce.

Mais le législateur de 1804 a-t-il prévu l'hypothèse ? Il semble bien que seules rentraient dans ses prévisions l'exploitation agricole du fonds de terre et certaines exploitations industrielles. Hors de là, selon lui, la théorie de l'immobilisation ne devait pas jouer[1]. Cette volonté des auteurs du Code n'était-elle pas pleinement en harmonie avec l'état économique du moment ? Or, malgré l'intention certaine du législateur de limiter l'application de sa théorie aux exploitations agricoles et à un nombre réduit d'exploitations industrielles, doctrine et jurisprudence, avec une hardiesse remarquable, ont élargi grandement le champ d'activité de l'article 524. D'après leurs affirmations, à l'heure actuelle,

1 Cf. Gaston Lèbre, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, p. 216, n° 168, et Georges Hartmann, op. cit., p. LXXII.

toutes exploitations industrielles, toutes exploitations commerciales même peuvent fournir matière à immobilisation.

Doctrine et jurisprudence, dans leur travail d'extension, nous paraissent, sans d'ailleurs y avoir pris garde, s'être inspirées de cette nouvelle méthode d'interprétation qui préconise sans doute le respect du commandement législatif, mais qui nie l'autorité de la pensée du législateur. L'on sait que les partisans de cette méthode, utilisée surtout en matière de responsabilité civile, dans le but d'étendre les limites du domaine de l'article 1382, émettent la prétention suivante : quand le législateur de 1804 rédigeait le Code, il avait une pensée déterminée ; mais cette pensée ne s'impose aucunement à l'interprète ; ce qui le lie, c'est uniquement le commandement par lequel le législateur a cru devoir traduire sa pensée ; et, par suite, à chaque fois qu'une solution pourra se concilier avec les textes, avec le commandement, cette solution sera légale et de bon aloi, même si elle vient contredire la pensée du législateur [1].

Or, en matière d'immobilisation par destination, la pensée du législateur, comme nous l'avons dit, ne prévoyait que l'exploitation agricole et certaines exploitations industrielles. Mais les termes du commandement législatif où cette pensée trouva son expression, sont aussi généraux, aussi larges que possible. L'article 524 1er alinéa semble embrasser toutes hypothèses. D'autre

1 Cf. Gény, *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique, en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé*, Paris (1899).

part, à propos des exploitations industrielles, le langage du Code est imprécis et vague : « et autres usines ». Et l'élasticité de ces formules a favorisé bien des audaces.

Pour ce qui est des exploitations industrielles, la loi nous dit en effet que seront, le cas échéant, immeubles par destination : « les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines. » Forges, papeteries, cela est très clair ; mais « autres usines », cela l'est beaucoup moins. Qu'a voulu entendre par là le législateur ?

Certains auteurs faisaient observer que l'expression avait dans sa pensée, un sens limitatif, restreint, et M. Coin-Delisle, dans une étude sur l'immobilisation des meubles corporels, s'exprimait ainsi[1] : « Aujourd'hui la pente des esprits, et des meilleurs, est de donner au mot usines une extension telle qu'il devient presque synonyme de fabriques ou de manufactures. Pour nous, le mot usines, selon le sens que lui a donné le Code Civil, nous paraît signifier un établissement mécanique ou non, qui se forme dans un lieu au moyen des forces et ressources naturelles de la localité. Ce n'est pas l'industrie manufacturière que le Code Civil a entendu protéger, mais, en immobilisant certains meubles, c'est surtout l'agriculture que le législateur a voulu favoriser. » Et si, ajoute le même auteur, les rédacteurs du Code avaient eu l'intention de légiférer pour l'industrie tout entière, ils n'auraient pas manqué de s'en expliquer de façon claire et formelle, et d'écrire par

1 *Revue critique de Législation et de jurisprudence*, 1858, t. XII, p. 482.

exemple : « les ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines, fabriques, manufactures et ateliers. »

Mais, en dépit de toute protestation, la doctrine s'est accordée à donner, du terme « usines », une interprétation extensive et large[1]. La jurisprudence a fait de même ; et, de nos jours, la possibilité d'une immobilisation par destination du matériel est couramment admise pour toute exploitation industrielle, indistinctement[2]. Voilà déjà, par conséquent, une classe importante de fonds de commerce dont le matériel pourra se trouver immobilisé.

Mais c'est à propos du matériel d'une exploitation purement commerciale que le travail d'extension de l'article 524 a été le plus hardi. L'hypothèse était bien certainement en dehors de la pensée du législateur. Pour reconnaître cependant l'article 524 applicable, les auteurs alors se sont autorisés de la généralité de termes du commandement législatif. « Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination » ordonne la loi. Et les auteurs : « Comme la loi ne distingue pas dans sa disposition fondamentale quel est le genre d'exploitation qui entraîne immobilisation, il n'y a pas lieu de rejeter l'exploitation com-

1 Duranton, Cours de Droit, 1826, t. IV, *De la distinction des biens*, p. 63 ; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 1869, t. II, p. 16 ; Laurent, *Principes du Droit civil*, 1878, t. V, p. 565 ; Planiol, op. cit., t. 1, p. 711, n° 2221.

2 Cass., 29 juil. 1902, S., 1902, 1, 501 ; Bordeaux, 24 déc. 1902, D., 1905, 2, 422 et les renvois.

merciale[1] ». La doctrine entière est de cet avis, et quant à la jurisprudence, si elle fait cette réserve que l'application de la théorie est avant tout une question d'espèces, du moins elle n'hésite pas à reconnaître, en principe, que le matériel d'une exploitation commerciale peut se trouver immobilisé, tout comme celui d'une exploitation industrielle ou agricole[2].

D'ailleurs, bien entendu, l'immobilisation ne peut jouer que si l'immeuble est spécialement construit et aménagé pour recevoir le matériel, le mobilier commercial et industriel, qui dès lors ne peut être séparé de l'immeuble sans que l'opération entraîne une dépréciation sensible de ce dernier. Cette condition d'aménagement spécial est en effet indispensable pour que l'on puisse soutenir avec quelque apparence de raison que le matériel a été attaché à l'immeuble pour l'exploitation de cet immeuble. Supposons un négociant possédant, dans un immeuble à lui, un fonds de commerce dont l'exploitation ne nécessite pas un aménagement approprié de l'édifice : le matériel du fonds de commerce ne sera pas immobilisé. Par où l'on voit que, dans le cas d'une exploitation commerciale ou industrielle, l'immobilisation supposera toujours un établissement très important, et d'une physionomie particulière. Aussi les exemples, assez nombreux pour l'exploitation indus-

1 Planiol, op. cit., t. 1, p. 711, n° 2222.

2 Immobilisation admise : Cour de Caen, 1er avril 1879, S., 80, 2, 331 ; immobilisation question de fait et d'intention : Cass., 31 juil. 1879, D., 80, 1, 273 ; Cass., 9 déc. 1885, D., 86, 1, 125; S., 86, 1, 201 ; Cass., 2 août 1886, D., 87, 1, 293; S., 86, 1, 417.

trielle[1], restent assez rares pour l'exploitation commerciale. Le plus classique est celui des hôtels ; on cite encore les casinos de villes d'eaux, les maisons meublées, les établissements de bains, les théâtres. Mais il faut bien se garder d'oublier que la tendance moderne à la concentration des entreprises, qui a donné naissance aux grands magasins, aux maisons de gros, se faisant édifier de vastes constructions pour leur usage exclusif, va constituer un très énergique coefficient de la multiplication des immobilisations par destination, en matière commerciale.

Au reste, quoi qu'il en soit du nombre plus ou moins grand de ces immobilisations, ce qu'il importe de constater, c'est que leur possibilité est indiscutablement admise, par la jurisprudence et par les auteurs. Et alors, de ce fait que le matériel d'un fonds de commerce, exploitation industrielle ou commerciale, se trouvera, le cas échéant, immobilisé par destination, résultera une conséquence remarquable, au point de vue des garanties offertes par le commerçant, en cas de recours au crédit. Sans doute, le commerçant, propriétaire à la fois du fonds de commerce et de l'immeuble, ne pourra pas constituer distinctement une hypothèque immobilière sur le matériel de son fonds, bien que ce matériel, d'après la jurisprudence, soit devenu immeuble. Mais il convient de se rémémorer les règles reçues à propos de l'assiette des hypothèques immobilières, et que ces dernières affectent non seulement le bien hypothéqué, mais encore ses accessoires : fruits pendants,

1 Voir D., 1905, 2, 422, note (5 à 7).

servitudes actives, immeubles par destination. L'article 2118 nous désigne en effet comme susceptibles d'hypothèques : « les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ».

Et voici que l'immobilisation du matériel du fonds de commerce, une fois admise, fera que ce matériel pourra se trouver frappé de toutes les hypothèques immobilières de notre droit : hypothèques conventionnelles, légales, judiciaires, ordinaires ou privilègiées, chacune d'elles menacera de ravir au fonds de commerce un de ses éléments importants : le matériel.

Il nous suffira, ici, de signaler l'anomalie du fait. Nous n'avons pas, bien évidemment à présenter un classement de ces différentes hypothèques immobilières, La besogne a été, depuis longtemps, trop bien faite, pour que nous songions à nous y employer à nouveau. Nous aurons accompli la seule tâche qui nous incombe, si nous avons suffisamment mis en lumière cette étrangeté juridique: au sein de ce meuble incorporel, le fonds de commerce, un élément important, le matériel, sera, le cas échéant, par le jeu de l'immobilisation, passible de toutes les hypothèques immobilières connues de notre législation.

Chapitre III

CONFLIT DES HYPOTHÈQUES MOBILIÈRES ET IMMOBILIÈRES SUR LE MATÉRIEL IMMOBILISÉ PAR DESTINATION

L'application simultanée de la loi Cordelet et du Code Civil suscite une très intéressante question : de par le Code Civil, ainsi que nous venons de le voir, le matériel immobilisé du fonds de commerce se verra grevé de toutes hypothèques immobilières ; de par la loi Cordelet, ce même matériel servira d'assiette, le cas échéant, à deux hypothèques mobilières : l'hypothèque indivisible du créancier nanti, et celle des trois hypothèques privilégiées du vendeur qui, pour le paiement du prix distinct du matériel, portera sur ce dernier.

Mais, dès lors, un conflit peu banal pourra surgir entre ces différentes hypothèques, mobilières et immobilières. Un créancier nanti inscrit au Greffe du Tribunal de Commerce se verra par exemple disputer le prix du matériel immobilisé par des créanciers hypothécaires inscrits sur les registres du Conservateur. A qui donner la victoire ? Et la question, remarquons-le bien, sera susceptible de se poser de même à propos du vendeur de fonds de commerce, puisque, dans notre opinion, ce vendeur a, sur le matériel, une hypothèque privilégiée.

Le problème toutefois ne se présente avec cette ampleur que depuis 1909, et dans notre opinion seule-

ment. En effet, avant la loi Cordelet, et actuellement, même si l'on repousse notre thèse sur la nature juridique de ses droits, le vendeur du fonds n'a pas d'hypothèque, c'est un vendeur de meubles privilégié. La question dès lors se posera pour lui sous un jour tout spécial : elle se raménera uniquement à savoir si l'immobilisation par destination des objets vendus lui fait perdre, ou non, le droit d'opposer le privilège de l'article 2102-4° aux créanciers hypothécaires inscrits chez le conservateur[1].

Au demeurant, le conflit n'a été envisagé par la jurisprudence et les auteurs qu'en ce qui concerne le créancier nanti. Nous raisonnerons donc, dans la suite de ces explications, sur cette dernière hypothèse, qui sera d'ailleurs, en pratique, de beauconp la plus fréquente. Mais il faut bien retenir que pour nous, aux yeux de qui le vendeur a sur le matériel, après 1909, une hypothèque mobilière privilégiée, la question est absolument identique pour le créancier de l'article 1er que pour celui de l'article 9.

Soit donc, demandant à être payés sur le matériel immobilisé par destination, d'une part des créanciers hypothécaires inscrits sur les registres du conservateur, d'autre part, un créancier nanti inscrit sur les registres du greffier. A qui accorder la préférence ?

Une solution toute simple vient immédiatement à l'esprit : nous sommes en présence de créanciers assu-

1 Privilège conservé : Planiol, op. cit., t. 1, p. 707, n° 2214. — Privilège opposable aux créanciers chirographaires, mais non aux créanciers hypothécaires : Huc, op. cit., t. 13, n° 95 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., t. 1, nos 503 et 504.

jettis, pour la conservation de leur droit de préférence, à une publicité équivalente ; appliquons simplement la règle fondamentale : *prior tempore*, et tranchons le débat d'après l'ordre des inscriptions respectives.

Ce n'est pourtant pas cette solution qui est prônée par les auteurs. Tout au contraire, sans avoir égard à la date des inscriptions prises sur les registres du conservateur et du greffier, la doctrine prétend préférer systématiquement les hypothèques immobilières[1].

Cela s'imposait, dit-on, sous l'empire de la loi du 1er mars 1898. De toute évidence, le créancier nanti devait être sacrifié : la place donnée par le législateur à la loi du 1er mars, insérée dans l'article 2075 du Code Civil, au cœur du chapitre du Gage (mobilier), prouvait surabondamment qu'il n'avait entendu faire porter le nantissement que sur des objets de nature mobilière. A l'égard des immeubles, pas d'innovation : sur eux, qu'ils fussent immeubles par destination ou par nature, hors la publicité par voie d'inscription ou de transcription chez le conservateur, pas de salut pour le créancier. Par conséquent, sur le matériel immobilisé, le créancier nanti, malgré sa priorité d'inscription, ne pouvait songer à inquiéter les créanciers inscrits à la conservation des hypothèques.

Cette théorie de la doctrine, la jurisprudence la fit sienne. Un jugement isolé, rendu par le Tribunal civil de Lyon, le 12 janvier 1901[2] a bien paru à certains[3]

1 Percerou, Rapport ; note au D., 1909, 2, 153.

2 Civ. Lyon, 3e Ch., Gaz. Trib. 1901, 1er sem., 2, 476.

3 Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 412, no 381.

pencher vers une théorie différente, et vouloir régler le conflit par application du principe : « *Prior tempore.* » Mais était-ce bien là, en réalité, la pensée du Tribunal ? — Préférence était accordée aux hypothèques immobilières, et, sans doute, dans l'espèce jugée, les inscriptions de leurs titulaires primaient celle du créancier nanti. Mais le jugement, pour préférer à ce dernier les créanciers inscrits chez le conservateur, invoque moins l'ordre des inscriptions que la réalité du droit conféré par les hypothèques immobilières. Au surplus, il prend bien soin de nous rappeler que « les objets immobilisés par destination ne reprennent leur caractère de meubles que s'ils ont été séparés du fonds sur lequel ils étaient placés ou auquel ils se trouvaient attachés. » Or, le droit du créancier nanti sur fonds de commerce est purement mobilier et n'entraîne aucune dépossession. Rien ne prouve donc que le jugement eût préféré ce créancier nanti, à supposer son inscription antérieure à celles de ses concurrents.

D'ailleurs, il est d'autres décisions qui ne permettent point d'équivoquer. Voyons par exemple les raisons données par le Tribunal Civil de Dijon, à la date du 30 Mars 1908[1], pour justifier la préférence accordée aux hypothèques immobilières, en dépit de l'ordre des inscriptions : « Considérant que la loi du 1er Mars 1898, qui a complété l'article 2075 du Code Civil, est spéciale au nantissement d'objets mobiliers ; qu'elle n'a rien innové en matière de droit hypothécaire et n'a pas dit

1 D., 1909, 2, 153.

que le nantissement d'objets immobiliers, bien qu'inscrit au Greffe du Tribunal de Commerce, viendrait en concurrence avec les créances hypothécaires régulièrement inscrites et même par préférence à ces dernières ; qu'il suit de là que le nantissement d'un fonds de commerce comprenant des immeubles par nature ou par destination, ne peut être opposable aux créanciers hypothécaires inscrits que s'il est établi par un contrat d'antichrèse régulièrement transcrit dans les formes de la loi du 23 Mars 1855. »

Et certaines décisions sont plus formelles encore :

« Attendu, nous dit la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 21 Décembre 1908[1], qu'il est hors de doute que le nantissement régulièrement effectué d'un fonds de commerce crée au profit du créancier nanti un privilège sur le matériel énuméré dans l'acte de nantissement, mais à la condition pourtant que ce matériel ne constitue pas des immeubles par destination, dont l'affectation à la garantie d'une créance doit revêtir certaines formes spéciales, étrangères au contrat de nantissement ; que dès lors le privilège revendiqué par le créancier nanti doit être subordonné à la nature et au caractère spécial du matériel donné en nantissement. »

Et l'arrêtiste commente ainsi la décision : « Le matériel attaché au fonds de commerce participe du caractère mobilier de ce fonds, et fait en principe partie du gage du créancier nanti. Toutefois, lorsque le propriétaire du fonds l'est en même temps de l'immeuble où le fonds

1 Bordeaux, 1ère Ch., *Journ. des Fail.*, 1909, p. 311.

est installé, la question se pose de savoir si le matériel de l'exploitation ne doit pas être considéré comme immeuble par destination, et comme échappant à ce titre au gagiste du fonds. L'affirmative est certaine... »

Et c'est la même théorie toujours que nous retrouvons dans un jugement du Tribunal Civil de Marseille, du 19 mai 1911, et dans l'arrêt confirmatif d'Aix, du 12 février 1912[1], déclarant tous deux que la loi du 1er mars 1898 n'a visé que des objets de nature mobilière, et que le droit du créancier nanti, inscrit au greffe, ne saurait atteindre le matériel immobilisé par destination.

Mais ces décisions et ces idées s'inspiraient de la loi maintenant abrogée du 1er mars 1898. La loi du 17 mars 1909 ne va-t-elle pas imposer des solutions différentes ?

La loi Cordelet, prétend-on[2], n'a rien changé au problème qui nous occupe. Les textes nouveaux, dans leur ensemble, manifestent clairement la volonté du législateur de ne faire porter le nantissement que sur des éléments de nature exclusivement mobilière. Consultons l'article 9 : « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement... le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds ». La juxtaposition de ces termes, dit-on, souligne bien l'intention de ne considérer le matériel et l'outillage comme compris dans le nantissement que si ce matériel et cet outillage, servant à l'exploitation du fonds et non à celle

1 *Bulletin de Jurisprudence Civile Aix-Marseille*, jugement : 1911, n° 4, p. 372 ; arrêt : 1912, n° 2, p. 189.

2 Percerou, note précitée : au D., 09, 2, 153.

de l'immeuble, appartiennent dès lors au « mobilier commercial ». En vérité, si ce matériel et cet outillage se trouvent immobilisés, les seules hypothèques efficaces seront les hypothèques immobilières. Immoralité : ces dernières seront toujours préférées à l'hypothèque du créancier nanti, sans égard à l'ordre des inscriptions, sans souci des fraudes que pareille solution pourra permettre.

Faut-il approuver cette opinion ? Remarquons tout d'abord que ceux mêmes d'entre les auteurs qui la préconisent, ne se font aucune illusion sur son mérite pratique. Et, tout en soutenant qu'elle est seule conciliable avec les textes de notre droit positif, ils reconnaissent volontiers que la solution désirable serait de se décider d'après les dates d'inscription. « En législation, nous déclare M. Percerou dans son Rapport, la meilleure solution du conflit serait, croyons-nous, celle qui détermine le rang de préference d'après l'ordre des dates. »

En effet, si l'on sacrifie le créancier nanti, nonobstant son antériorité d'inscription, le commerçant propriétaire à la fois du fonds et de l'immeuble, pourra, en toute liberté, se livrer à une fraude facile : il donnera d'abord son fonds en nantissement, matériel compris ; il hypothèquera ensuite son immeuble et ses accessoires, et le créancier nanti, lors de la réalisation, se trouvera abominablement frustré.

Car il faut bien observer que l'immobilisation par destination ne peut jouer que dans l'hypothèse d'un matériel très important, qui doit nécessiter un aménagement spécial de l'immeuble. L'on se rappelle les

exemples cités plus haut : hôtel, casino, magasin de nouveautés, etc. Soustraire dans ces cas le matériel au créancier nanti, et le renvoyer réclamer son paiement sur les autres éléments du fonds, ne sera-ce point, vraiment, une plaisanterie de fort mauvais goût ? Que restera-t-il du fonds de commerce, après la dislocation ? — Rien, a cru devoir répondre le Tribunal Civil de Pau, à la date du 23 Juillet 1884, alors qu'il s'agissait d'un hôtel[1]. Car il faut, prétend le jugement, rechercher la cause de l'achalandage, et cette seule cause « comme la véritable attraction de la clientèle, réside tout entière dans la situation du bâtiment, dans sa distribution intérieure, et dans son aménagement. »

Et M. H. Lespinasse, commentant ce jugement, affirme : « Dans une ville de passage ou dans une station d'hiver, la véritable attraction de la clientèle se trouve dans la situation de l'hôtel, dans la forme grandiose ou gracieuse du bâtiment, dans la commodité de la distribution intérieure, dans le personnel de la direction et des gens de service. Or, de ces éléments de succès, les uns sont inséparables de l'immeuble et se transmettent forcément avec lui, ou plutôt ils ne sont autre chose que l'hôtel même. Les autres sont personnels au gérant et finissent inévitablement avec son administration ; il ne reste donc rien à vendre en dehors du bâtiment et des objets mobiliers que leur destination y attache indissolublement. »

1 Gaz. Trib., 24 septembre 1884, à la fin de l'article de M. H. Lespinasse : *immobilisation par destination des meubles servant à l'exploitation d'un hôtel garni.*

Mais, pour montrer que le créancier nanti sera lésé, point n'est besoin d'ailleurs de recourir à une hypothèse aussi absolue. Même en admettant qu'en dehors du matériel immobilisé, il reste quelque chose au créancier nanti, on ne saurait nier que dans tous les cas il sera bel et bien spolié d'une partie importante de son gage, sur laquelle il était en droit de compter.

L'on voit donc quels graves inconvénients présente une solution systématiquement favorable aux hypothèques immobilières. N'y a-t-il aucun moyen de l'écarter ?

Une opinion nous permet de le faire qui, coupant le mal dans sa racine, nie la possibilité même de l'immobilisation par destination du matériel d'un fonds de commerce. Elle nie cette possibilité, non pas en faisant valoir que le législateur de 1804 n'y a point songé, mais en observant qu'une condition essentielle ne sera ici jamais remplie : le matériel, avance-t-on, ne sera jamais attaché à l'immeuble pour l'exploitation de cet immeuble. Il sera toujours attaché au fonds de commerce pour l'exploitation de ce fonds. Et, dès lors, plus d'immobilisation possible, puisque « le fonds de commerce est un meuble, dont tous les éléments doivent rester meubles[1] ». Dans cette opinion, on le voit, ce seraient les hypothèques immobilières qui n'auraient jamais de prise sur le matériel. Seules les hypothèques mobilières conserveraient leur efficacité.

Cette opinion, sans doute, est très rationnelle et très juridique, et nous l'adopterions volontiers. Mais dépend-il

1 En ce sens : Gaston Lèbre, op. cit., p. 216, n° 168.

de nous d'effacer toute une jurisprudence bien établie, qui admet l'immobilisation par destination du matériel du fonds de commerce ? Il nous faut donc plutôt, si nous ne voulons pas perdre de vue la réalité des faits, chercher une autre solution du conflit envisagé.

Au reste, remarquons que la théorie que nous venons d'exposer risquerait de nous conduire fort loin. Soit un immeuble et un fonds de commerce exploité dans cet immeuble, appartenant tous deux au même propriétaire. On nous affirme : le matériel, parce qu'il concourt à l'exploitation du fonds de commerce, ne peut être immobilisé ; il doit être meuble, comme le fonds lui-même. Mais vraiment, est-ce que l'immeuble, lui aussi, ne concourt pas à l'exploitation du fonds ? Et, dès lors, plutôt que de prétendre qu'il communique sa nature immobilière au matériel, n'est-il pas plus logique, plus conforme aux réalités économiques, de déclarer que l'immeuble, englobé dans l'universalité fonds de commerce, participera de son caractère mobilier et sera tout simplement ameubli ? La hardiesse de l'assertion a tenté plus d'auteurs qu'on ne croirait [1] ; nous l'avons même rencontrée dans une décision de jurisprudence, et la Cour de Montpellier, dans un arrêt du 29 novembre 1897 [2], n'a pas craint de soutenir que : « les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties, lorsqu'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière, et qu'il en est ainsi

1 Voir la liste dressée par M. Gombeaux, op. cit., p. 231, note 1. — En sens contraire : Rapport Percerou.

2 D., 99. 1, 353.

notamment des immeubles compris dans un fonds de commerce. »

Mais, pour résoudre heureusement notre problème, pour sauvegarder les droits du créancier nanti en conflit avec des hypothèques immobilières, est-il nécessaire d'aller jusque là ? Est-il nécessaire même de rejeter la possibilité de l'immobilisation du matériel ?

Nous ne le pensons pas. Pour nous, il suffit de remarquer que les différents créanciers qui pourront se disputer le prix du matériel immobilisé par destination, ont des droits de même nature. Ils sont tous, les uns aussi bien que les autres, pourvus d'hypothèques, et la conservation du droit de préférence afférent à ces hypothèques est assurée par des formalités équivalentes de publicité : « Au moment où il reçoit la sûreté que lui consent le débiteur, chaque créancier peut savoir aisément s'il n'y a pas déjà quelque charge réelle grevant le matériel : le créancier hypothécaire en consultant le registre des inscriptions de nantissement, le créancier nanti celui des hypothèques[1]. » Le fait que, parmi les hypothéques concurrentes, les unes sont mobilières, les autres immobilières, celles-ci inscrites chez le conservateur, celles-là chez le greffier, doit-il conduire à établir entre elles une différence de traitement aussi absolue que celle que l'on propose ? Evidemment non ; et le mieux sera, ainsi que le souhaitait M. Percerou, de déterminer le rang de préférence d'après l'ordre des dates, exclusivement[2].

1 Rapport Percerou.

2 En ce sens, Bouvier-Bangillon, op. cit., p. 514, note 1 ; et, bien qu'ils rejettent l'idée d'hypothèque mobilière, Boutaud et Chabrol, op. cit., p. 412, n° 381, et supplément, p. 40, n° 110.

Objectera-t-on que la loi positive y fait obstacle ?— Rien n'est moins certain. En nous disant que le droit du créancier nanti et, ne l'oublions pas, celui du vendeur, peuvent porter sur le matériel et l'outillage, la loi Cordelet ne fait aucune réserve, pour le cas d'immobilisation par destination. Pourquoi introduire dans la loi une distinction qui lui est inconnue ? *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Invoquera-t-on la notion juridique du fonds de commerce, et qu'un créancier nanti sur cet ensemble mobilier, sur ce meuble incorporel, ne saurait avoir des immeubles dans son gage ?— Mais nous avons vu à quel point cette fameuse notion juridique était inconsistante et vaine, et nous croyons avoir fermement établi, dans notre introduction, que nous restions libres, le cas échéant, d'en prendre à notre aise avec elle. Cette idée que le matériel doit participer du caractère mobilier du fonds de commerce et que, s'il en va différemment, il devient désormais étranger à ce fonds, universalité mobilière, ne doit pas nous arrêter un seul instant.

En réalité, préférer systématiquement les hypothèques immobilières, c'est demeurer dupe de l'antique préjugé : *res mobilis, res vilis*, qui voit dans les droits immobiliers la quintessence des patrimoines, et qui les désigne seuls à la sollicitude du législateur comme à la protection du juge. Immobiliers ou pas, nous nous trouvons ici en face de droits de même sorte, de droits égaux ; nous devons les traiter également, et la théorie de l'immobilisation doit d'autant moins nous en empêcher, que le chœur des jurisconsultes s'insurge contre elle, et que les

auteurs, à qui mieux mieux, dénoncent son arbitraire et son inutilité.

Mais ces idées ont-elles chance de pénétrer dans la jurisprudence, avant qu'intervienne une refonte de la loi positive, et qu'un ordre précis soit donné ? Nous en sommes convaincu. Remarquons que les décisions rapportées plus haut y compris celles postérieures à 1909, avaient toutes à faire application de cette malencontreuse loi de 98, qui encourageait tous les errements. Il semble bien que la loi Cordelet, plus claire et plus formelle, impose désormais, par son analogie constante avec le régime hypothécaire, de tout régler par l'ordre des inscriptions. Pour nous, en l'état actuel de la législation, ce mode de classement est le seul juridique, le seul juste, pour le vendeur du fonds d'ailleurs comme pour le créancier nanti.

Et c'est pourquoi, en cas de conflit, sur le matériel immobilisé par destination, entre hypothèques mobilières et immobilières, nous préférerons indistinctement les unes ou les autres, suivant le rang de préférence, privilégié ou ordinaire, que leur auront assuré les principes de la loi Cordelet ou du Code Civil.

TROISIÈME PARTIE

DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

Il semblerait vraiment qu'il n'y eût, au point de vue d'un classement, rien de particulier à en dire. Et pourtant, à propos de ces créanciers chirographaires, une très intéressante question se trouve posée : la loi du 17 mars 1909, qui, comme nous le savons, a créé quatre hypothèques mobilières, s'est-elle contentée de ce chiffre, ou bien n'en a-t-elle pas créé une cinquième encore, au profit, chose éminement remarquable, des simples créanciers chirographaires du commerçant propriétaire de fonds de commerce ? L'existence de cette hypothèque une fois reconnue, le classement des créanciers devrait être modifié sensiblement.

En effet, M. A. Bouvier-Bangillon[1] a prétendu que, de par les innovations de la loi Cordelet, les créanciers simplement chirographaires du cédant, ont à l'heure actuelle, sur le fonds de commerce, un véritable droit de suite, les autorisant à saisir ce fonds sur le cessionnaire. Ce droit de suite constaté, notre auteur, soucieux de l'expliquer, soutient qu'on ne saurait voir en lui autre chose que l'attribut d'un droit réel, de l'existence duquel un texte de la loi nouvelle le convainc davantage, et qui, dans l'hypothèse d'un conflit entre créanciers

1 Op. cit., *Lois Nouvelles*, 1909. — De l'apport en société d'un fonds de commerce, *Annales de droit commercial*, 1909, p. 449.

chirographaires du vendeur et de l'acquéreur, assurerait aux premiers la préférence sur les seconds. Un droit réel, M. Bouvier-Bangillon oublie de mieux préciser. Mais un droit réel, comportant droit de suite et droit de préférence, permettant à des créanciers, pour obtenir paiement, de saisir sur un tiers un bien sorti du patrimoine de leur débiteur, quel pourrait-il bien être, sinon le droit réel d'hypothèque ?

Il nous faut discuter cette opinion, développée par son auteur de fort séduisante manière. Car, outre que la critique en est, en théorie, fort attachante pour le jurisconsulte, son admission ou son rejet, pratiquement, entraîne de graves conséquences, en matière de classement de créanciers. Voyons donc tout d'abord, afin d'être à même de nous prononcer, ultérieurement, les réformes de la loi de 1909 dont M. Bouvier-Bangillon prend prétexte pour soutenir sa théorie du droit de suite, du droit réel, du droit d'hypothèque sur le fonds des créanciers chirographaires du cédant.

Sous le régime antérieur, les créanciers chirographaires d'un propriétaire de fonds de commerce vivaient sous la menace d'une fraude contre laquelle ils étaient désarmés. Leur débiteur, voyant péricliter ses affaires, aliénait clandestinement son fonds, se hâtait d'encaisser le prix de vente qu'il mettait à l'abri de de toute atteinte, et les laissait en face d'un acquéreur irresponsable, le fonds n'étant point considéré en droit français comme une universalité de droit, et les dettes n'étant point transmises au successeur. Le péril auquel les créanciers se trouvaient ainsi exposés était si grave

que, dans de nombreuses villes, l'usage s'était implanté de publier les cessions de fonds de commerce dans un journal d'annonces, en engageant les créanciers à faire opposition au paiement du prix, dans un certain délai. Mais cet usage avait-il force obligatoire? Les avis se partageaient[1].

La loi du 17 mars 1909 est venue tarir la controverse et donner à l'ancien usage force de loi, en le réglementant. Reproduisons les textes mêmes, pour la pleine édification du lecteur, qui pourra juger ainsi s'ils autorisent telle ou telle théorie. Dorénavant : « toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, sera, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de Commerce où se trouve le fonds, ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement. »

« L'extrait ou avis contiendra la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions, et une élection de domicile dans le ressort du tribunal. »

« La publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion ». (Article 3.)

1 Voir Lyon-Caen et Renault, Traité, t. III, nº 251 ; et Rapport Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 101, nº 131. — Voir aussi le Traité de Boutaud et Chabrol, qui signalent, p. 191, note 4, un arrêté de 1831 spécial à l'Algérie imposant la publication, et abrogé d'ailleurs dès 1874.

Mais quel est le but de cette publicité ? — La suite de l'article 3 nous renseigne : « Dans dix jours au plus tard après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former, au domicile élu, par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix ; l'opposition énoncera le chiffre et les causes de la créance, à peine de nullité. »

Quelle sera maintenant la situation des opposants, par rapport aux autres créanciers du précédent propriétaire ? : « Aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de partie du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai ». Ce qui signifie que le prix de vente ne pourra pas être accaparé exclusivement par un seul créancier du vendeur, au cas, d'une part, de cession volontaire opérée par ce dernier de la créance de son prix, au cas, d'autre part, où une saisie-arrêt, formée sur le prix de vente, serait validée par jugement signifié à l'acquéreur. Mais « les transports amiables ou judiciaires du prix ou de partie du prix auront la valeur d'une opposition, s'ils ont été notifiés à l'acquéreur [1] ».

Et quelle sera enfin la situation des créanciers du vendeur, vis-à-vis de l'acquéreur ? Par la menace de quelle sanction ce dernier sera-t-il contraint d'obéir à la loi ? : « L'acquéreur qui, sans avoir les publications, ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers. » Quelle

1 Rapport supplémentaire Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 264, n° 313.

est la portée de cette formule ? Voilà le point essentiel, le nœud même de notre question du droit de suite.

Telle est la première innovation de la loi Cordelet. Remarquons qu'elle suffit, à elle seule, à M. Bouvier-Bangillon pour édifier sa thèse du droit réel; mais une deuxième réforme renforce cette thèse, prétend-il.

Avant la loi du 17 mars 1909, la fraude rapportée plus haut n'était pas la seule qut pût compromettre les intérêts des créanciers du vendeur ; ces créanciers étaient exposés, non seulement à la dissipation totale du prix, mais encore à la dissimulation par le vendeur et l'acquéreur d'une partie importante de ce prix, payée comptant comme « dessous de table ». De quelle ressource était la paulienne, devant la difficulté de prouver l'entente frauduleuse des parties ? « Le seul remède efficace et pratique contre cette fraude, c'était un droit de surenchère accordé aux créanciers du vendeur[1]. » On comprend dès lors l'article 5 : « Pendant les vingt jours qui suivent la seconde insertion, une expédition, ou l'un des originaux de l'acte de vente est tenu, au domicile élu, à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit pour être consulté sans déplacement. Pendant le même délai, tout créancier inscrit ou qui a formé opposition dans le délai de dix jours fixé par l'article précédent[2], peut prendre, au domicile élu, communica-

1 Rapport Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., p. 105, n° 137.

2 Quid des oppositions tardives, signifiées après l'expiration du délai de dix jours ? — Ce délai est certainement fatal au point de vue de l'exercice du droit de surenchérir du sixième ; de plus, la précision de termes de l'article 3 semble nous commander de n'accorder le bénéfice de la disposition : « aucun transport » qu'aux seuls « créanciers qui se seront fait connaître dans ce délai » ; mais, au point de vue d'une répartition du

tion de l'acte de vente et des oppositions, et, si le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits et ceux qui se sont révélés par des oppositions au plus tard dans les dix jours qui suivent la seconde insertion, former, en se conformant aux prescriptions de l'article 23 ci-après, une surenchère du sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises. » Un créancier s'estime-t-il lésé par une dissimulation de prix, il formera la surenchère.

Voilà donc la situation nouvelle faite par la loi Cordelet aux créanciers chirographaires du vendeur.

Et, ici, une parenthèse : M. Bouvier-Bangillon, à propos du droit de suite, ne nous parle que des créanciers chirographaires, et semble ne constater qu'à leur seul profit la prérogative du droit réel qu'il fait découler des articles 3 et 5. Est-ce pleinement suffisant ? Sans doute, ces articles ont été écrits surtout pour les créanciers chirographaires. Mais il est bien certain, et communément admis, que tout créancier du vendeur peut faire opposition selon l'article 3, et surenchérir ensuite du sixième : non seulement un créancier chirographaire, mais encore un créancier privilégié, le bailleur par

prix, il ressort des travaux préparatoires que les oppositions tardives doivent concourir avec les oppositions faites dans les délais. Comme l'a dit M. Legrand, on ne peut fixer une limite aux droits des créanciers sur le prix, si ce n'est la date du paiement du prix lui-même. (En ce sens, Bouvier-Bangillon, op. cit., n° 209). Chacun reconnaît, d'ailleurs, qu'une pareille solution est fort gênante pour la pratique. Un remède consisterait à obliger l'acquéreur à avertir les créanciers par pli recommandé, d'après un état communiqué par le vendeur, et dont l'exactitude serait assurée par la menace de sanctions pénales (Ch. de Commerce de Mâcon, délibération du 13 janvier 1911). Le délai de dix jours pourrait être alors, sans inconvénient, déclaré fatal, même au point de vue de la répartition du prix.

exemple, un créancier hypothécaire inscrit sur un immeuble, et même, quoique l'opposition de l'article 3 soit assez inutile pour lui, un créancier inscrit sur le fonds. Il faut donc noter que le droit réel spécial que l'on tire des articles 3 et 5 ne sera pas l'apanage exclusif des créanciers chirographaires ; les créanciers privilégiés, les créanciers pourvus d'hypothèques mobilières ou immobilières en bénéficieront eux aussi, s'ils font opposition, comme d'une sûreté supplémentaire qui viendra s'ajouter à celles qu'ils possèdent déjà par ailleurs.

Est-ce à dire qu'il faille reconnaître à l'expression « créanciers chirographaires », en matière de fonds de commerce, un sens large et nouveau, qui lui permettrait d'englober, en plus des créanciers véritablement chirographaires, « ceux qui ne sont munis d'aucune sûreté sur le fonds de commerce, quand même ils bénéficieraient d'une garantie soit sur d'autres biens du débiteur, soit même (comme le propriétaire de l'immeuble loué) sur certains éléments du fonds pris isolément[1] » ? — Nous ne le pensons pas. Ce sens large et nouveau, outre qu'il serait inutilement contraire aux principes, ne suffirait pas en effet à rendre compte du droit d'opposition qui appartient incontestablement aux créanciers inscrits sur le fonds, comme à tous autres créanciers. Plutôt que de déformer une expression à signification nette, ne vaudrait-il pas mieux, si on l'estimait nécessaire, parler

1 René-Lucien Morel, *Des droits des créanciers chirographaires en cas d'aliénation d'un fonds de commerce* (à suivre). *Annales de droit commercial*, 1912, p. 111, n° 14.

tout simplement de créanciers opposants ? — Au reste, dans notre critique de la théorie de M. Bouvier-Bangillon, nous ne voyons aucun inconvénient à employer avec cet auteur l'expression de créanciers chirographaires, après avoir toutefois souligné l'importance de de la parenthèse que nous fermons.

Voyons donc maintenant, sans plus tarder, la théorie que la situation nouvelle a suggérée à M. Bouvier-Bangillon.

La source des idées de l'éminent professeur, répétons-le, se trouve uniquement dans l'article 3, et non dans l'article 5. L'article 5 ne constitue qu'un argument supplémentaire, dont la thèse soutenue pourrait se passer. C'est donc immédiatement après avoir rapporté l'article 3 et les travaux préparatoires relatifs à cet article, et sans avoir encore envisagé l'article 5, que M. Bouvier-Bangillon nous affirme :

« Il faut tout d'abord insister sur la grande innovation contenue dans le texte. La loi nouvelle reconnaît aux créanciers chirographaires un droit de suite sur le fonds de commerce. Déjà, avant la loi nouvelle, lorsqu'il n'y avait qu'un usage, dont la légalité même pouvait être discutée, mon distingué collègue, M. Thaller, déclarait que cet usage aboutissait à donner aux créanciers chirographaires un droit de suite. (Thaller, traité élémentaire de droit commercial, n° 90.) Actuellement, avec la loi nouvelle, l'usage cité devient loi et le droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce est incontestable[1] ».

1 Op. cit., p. 404, n° 154.

Mais ce droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce n'est pas d'ailleurs, fait observer M. Bouvier-Bangillon, sans un précédent analogue dans notre législation. En effet, l'article 190 alinéa 2 Code Commerce confère à des créanciers simplement chirographaires un droit de suite sur un meuble de leur débiteur, sur le navire. La situation en notre matière sera absolument identique ; seul, le rite de la purge diffèrera : voyage en mer dans un cas, insertions et expiration des délais dans l'autre.

Et c'est cette comparaison du droit de suite des créanciers chirographaires du vendeur de navire avec le droit, pour lui identique, des créanciers chirographaires du vendeur de fonds de commerce, qui amène M. Bouvier-Bangillon à se poser l'interrogation suivante, pressante, au cas d'un conflit entre créanciers chirographaires du vendeur et de l'acquéreur : quelle est, en droit maritime, la nature juridique de ce droit de suite? Les créanciers chirographaires du vendeur de navire ont-ils sur ce navire un droit réel ? — Le fait que certains auteurs, et notamment M. Vermond[1], refusent toute préférence aux créanciers chirographaires du vendeur par rapport à ceux de l'acquéreur, en cas de conflit, laisse supposer à M. Bouvier-Bangillon que ces auteurs refusent, par cela même, aux créanciers chirographaires du vendeur tout droit réel sur le navire. Au rebours, la préférence accordée à ces créanciers par d'autres auteurs, comme MM. Lyon-Caen et Renault[2],

1 Ed. Vermond, *Manuel de droit maritime*, n° 32.

2 Traité, t. VI, n^{os} 1479, 1480.

signifie, à ses yeux, que, dans cette dernière opinion, à laquelle il déclare se ranger, l'on reconnaît aux créanciers chirographaires du vendeur de navire un droit réel, *utilitatis causa* tout au moins. Par voie d'analogie, M. Bouvier-Bangillon reconnaîtra donc aux créanciers chirographaires du vendeur de fonds de commerce un droit similaire, un droit réel sur le fonds. Et sa conviction, suffisamment établie déjà par la comparaison faite, se renforcera encore de ce que : « quand il s'agit du droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, la loi nouvelle ne donne l'opposition sur le prix qu'aux créanciers chirographaires du vendeur (créanciers du précédent propriétaire, dit la loi). Cela paraît bien exclure les créanciers chirographaires de l'acheteur, donc reconnaître un droit réel aux créanciers chirographaires du vendeur[1] ».

On le voit, c'est de l'innovation de l'article 3 que M. Bouvier-Bangillon fait découler sa théorie du droit réel, de l'hypothèque mobilière des créanciers chirographaires du vendeur de fonds de commerce. Mais l'article 5 vient, à son sens, fournir à cette théorie une précieuse consécration ; car notre auteur voit dans la surenchère du sixième que cet article autorise, un perfectionnement du droit de suite des créanciers chirographaires. Le rite de l'article 3 ayant pour but de purger le droit réel de ces derniers, la surenchère du sixième « se lie à la purge d'un droit de suite dont elle est le correctif[2]. »

1 Bouvier-Bangillon, op. cit., n° 156, p. 406.

2 Bouvier-Bangillon, op. cit., n° 154, p. 405.

Que faut-il penser de cette thèse singulièrement audacieuse ? Disons dès l'abord, avec l'entier respect dû à l'autorité du distingué professeur qui s'en est fait l'avocat, qu'elle nous parait fausse de tout point, contredite à la fois par les travaux préparatoires et par le texte de la loi, en violation manifeste des principes, en disproportion avec le but poursuivi.

La clef de voûte, la pierre angulaire du système de M. Bouvier-Bangillon, c'est que l'article 3 de la loi nouvelle confère aux créanciers chirographaires du vendeur un droit de suite. C'est la constatation de cette prérogative qui conduit l'auteur à une comparaison avec le droit maritime, mettant à son avis en lumière l'existence d'un droit réel, d'un droit d'hypothèque, au profit des créanciers chirographaires du vendeur de fonds. Il nous faut donc essentiellement examiner si le droit de suite appartient réellement aux créanciers dont s'agit, et si le point de départ de la théorie se trouve juste.

Qu'est-ce, véritablement, que le droit de suite ? C'est un droit qui, sans entraîner le dessaisissement du débiteur, protège le créancier contre le danger d'une aliénation, en lui permettant « de suivre en toutes mains le bien sur lequel le droit porte et de le saisir, même quand il aura cessé d'appartenir à son débiteur et qu'il sera devenu la propriété de quelqu'un qui ne lui doit rien[1]. » Le créancier, en vertu de son droit de suite, pourra donc tenir au tiers acquéreur le raisonnement suivant : « Désintéressez-moi, soldez toute ma

1 Planiol, op. cit., t. II, nº 3161, p. 976.

créance, quelle qu'elle soit. Sinon, je saisis, même dans votre patrimoine, le bien sur lequel mon droit de suite porte, pour le faire vendre, et me faire payer sur son prix : « *Cede, aut solve.* »

Dès lors, que les créanciers chirographaires du vendeur de navire possèdent un droit de suite, c'est ce dont on ne saurait douter, surtout après la lecture des pages que M. Vermond consacre à la question[1]. L'éminent auteur souligne bien, par des arguments de logique et d'histoire auxquels il nous suffira de renvoyer, que l'article 190 alinéa 2 Code Commerce, en nous disant : « Néanmoins les navires sont affectés aux dettes du vendeur, et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées », a bien entendu conférer un droit de suite aux créanciers chirographaires de ce vendeur. Et, de fait, quelle sera ici la situation ? Les créanciers chirographaires du vendeur pourront parfaitement, nonobstant l'aliénation du navire, nonobstant la mutation en douane opérée, s'adresser au tiers acquéreur et lui dire : « Payez-nous, réglez l'intégralité de nos créances : « *aut solve* » ; sinon, nous saisissons le navire sur vous, pour le faire vendre et nous faire payer sur son prix : « *aut cede* ». Et la jurisprudence a très explicitement reconnu[2] l'existence de ce droit de saisie, de ce droit de suite, que purgera le rite de l'article 193 Code Commerce alinéa dernier.

Mais la situation est-elle la même en matière de fonds de commerce ? Supposons, pour employer les expressions

1 Op. cit., nº 31.

2 Cassation, 16 mars 1864, S., 64, 1, 111.

de M. Bouvier-Bangillon, que le droit de suite des créanciers chirographaires du vendeur n'ait pas été purgé, ce qui suppose que l'acquéreur ne s'est pas conformé au rite de l'article 3. Sans égard au défaut de purge, l'acquéreur paye son vendeur. C'est dans cette hypothèse surtout, bien évidemment, que les créanciers chirographaires de celui-ci songeront à manier l'arme du droit de suite. Eh bien, que va-t-il se passer? L'acquéreur, nous dit la loi, « n'est pas libéré à l'égard des tiers. »

Pareille formule autorise-t-elle les créanciers chirographaires du vendeur à dire à l'acquéreur : « Payez-nous ; réglez la totalité de nos créances. » Pas le moins du monde. Il est bien certain que l'acquéreur ne peut être responsable que de son prix, et qu'au delà de ce prix il ne saurait être inquiété. C'est ce que remarque M. Léon Lacour, qui critique comme nous la théorie de M. Bouvier-Bangillon : « l'acquéreur d'un fonds de commerce n'est pas tenu de tout ce qui est dû aux créanciers de son vendeur ; sa responsabilité ne s'étend pas au delà du montant de son prix[1]. » On ne peut donc pas déjà lui dire : « *aut solve.* »

Mais, d'autre part, les créanciers chirographaires du vendeur, pour le paiement de la somme limitée prévue par l'acte de vente, peuvent-ils (ce serait là l'autre face du droit de suite) saisir le fonds de commerce sur l'acquéreur, tenu *propter rem*, et bien entendu, le saisir en vertu d'un droit propre, leur appartenant exclusi-

1 Léon Lacour, op. cit., 1er fascicule, p. 483, n° 804, note 2. — De même, R.-L. Morel, article précité, p. 107, n° 6.

vement à eux, créanciers chirographaires? Peuvent-ils mettre l'acquéreur dans l'alternative classique: « *aut cede* »? Certainement non; en vertu de quel principe, en vertu de quel texte leur conférerait-on un pouvoir aussi exorbitant?

La loi nous dit simplement: « l'acquéreur n'est pas libéré à l'égard des tiers. » Qu'est-ce que cela signifie? — Que le paiement effectué en l'absence de publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, le droit de suite, dirait M. Bouvier-Bangillon, n'étant pas purgé, est bien valable entre les parties, mais reste nul et non avenu en ce qui touche les créanciers chirographaires du vendeur. Aux yeux de ceux-ci, la créance du vendeur subsiste, qu'un paiement irrégulier n'a pas éteinte: à leur égard, l'acquéreur n'est pas libéré.

Et dès lors, les créanciers du précédent propriétaire pourront forcer l'acquéreur à payer une seconde fois le prix de vente; ils auront pour cela action sur tous ses biens; ils invoqueront même contre ses créanciers personnels les privilèges et hypothèques appartenant au vendeur: « ces garanties subsistent, malgré le paiement effectué, puisque la créance est réputée non payée[1]. » Par où l'on voit que les créanciers chirographaires du vendeur pourront saisir, entre autres biens, le fonds de commerce lui-même, et se prévaloir du tour de faveur dû à leur débiteur. Mais ils saisiront ce fonds et réclameront préférence sur son prix, non pas en vertu d'un droit de suite à eux propre, exercé contre

1 Cf. Planiol, op. cit., t. II, n° 460, p. 158.

l'acquéreur tenu *propter rem*, mais bien en utilisant l'action du vendeur, et ses hypothèques privilégiées.

Que si maintenant des oppositions sont signifiées à l'acquéreur, cela, remarquons-le n'a plus rien à voir avec notre question du droit de suite ; l'effet de ces oppositions, véritables saisies-arrêts, sera réglé par le Code Civil.

En réalité, l'article 3 de la loi Cordelet ne confère donc aux créanciers chirographaires aucun droit de suite, aucun droit réel.

Comment alors rendre compte de la situation nouvelle?

On a prétendu pouvoir la rapprocher de la faillite.[1] Le vendeur de fonds de commerce, dit-on, se trouve, par le seul fait de la vente, en état de faillite partielle, et frappé d'un véritable dessaisissement en ce qui concerne ses droits sur le prix : il ne peut ni recevoir un paiement valable, ni disposer de sa créance au préjudice de ses créanciers. D'autre part, aucun transport judiciaire du prix n'étant opposable aux créanciers opposants, il y a là une situation analogue à la suspension des poursuites individuelles, en cas de faillite.

Ce rapprochement repose tout entier sur une interprétation de la loi que condamnent à la fois les travaux préparatoires et son texte actuel. L'on assure que les cessionnaires et les créanciers ayant fait saisie-arrêt ne pourront être payés qu'après le complet désintéressement des créanciers opposants. C'est donner à la formule : « aucun transport amiable ou judiciaire... » un sens beaucoup trop absolu. M. Morel, après avoir posé cette

1 René-Lucien Morel, article précité, nos 18 et suiv.

pétition de principe que le vendeur est en état de faillite partielle, donc dessaisi, déclare que l'idée d'un dessaisissement doit conduire à décider que toute cession de la créance du prix est absolument inopposable aux créanciers de l'article 3, et qu'un cessionnaire ne pourra réclamer paiement que sur le reliquat du prix, ces créanciers une fois remboursés. C'est renverser l'ordre du raisonnement : ce n'est pas le postulat d'un dessaisissement partiel qui doit nous faire admettre l'inopposabilité absolue, c'est bien plutôt l'inopposabilité absolue, préalablement admise et vérifiée, qui devrait nous conduire à l'idée d'un dessaisissement partiel.

Or, M. le Sénateur Cordelet, que M. Morel considère lui-même comme « la personne la mieux qualifiée pour interpréter la loi », nous affirme, dans son Rapport supplémentaire, que « les transports amiables ou judiciaires auront la valeur d'une opposition, s'ils ont été notifiés à l'acquéreur : » et, mieux encore, l'article 6 porte que cet acquéreur peut être contraint de consigner la portion exigible du prix : « à la charge... des cessions qui lui ont été notifiées ». Ce texte n'est-il pas concluant, et suffit-il, pour en affaiblir l'autorité, de prétendre que ce n'est là qu' « une proposition incidente, insérée peut-être par mégarde » dans l'article 6 ?

Donc, les transports amiables ou judiciaires du prix signifiés à l'acquéreur ayant la valeur d'une opposition, pas de dessaisissement du vendeur, pas de suspension des poursuites individuelles des créanciers, pas de faillite. Et d'ailleurs, pourquoi une faillite ? Le régime

de la faillite est approprié à l'insolvabilité du failli. Ici, pas d'insolvabilité, ni même de présomption.

L'idée d'une faillite partielle du vendeur de fonds de commerce repoussée, nous repousserons naturellement la conséquence que M. Morel voudrait en tirer. Le dessaisissement du vendeur, nous dit cet auteur, fera que ce vendeur « ne pourra, par aucun engagement postérieur, préjudicier aux droits que fait naître la vente au profit des créanciers antérieurs à l'aliénation. » Ces créanciers antérieurs devraient donc être payés sur le prix par préférence aux créanciers dont le droit ne serait né « qu'après la vente ayant acquis date certaine. » — Nous répondons : le vendeur n'est aucunement dessaisi ; il peut céder sa créance à des cessionnaires qui viendront au marc le franc avec les créanciers opposants ; rien ne l'empêchera donc, postérieurement à la vente, de contracter de nouvelles dettes au profit de créanciers qui pourront concourir avec les créanciers antérieurs. La solution contraire serait d'ailleurs en contradiction avec les termes généraux de l'article 3, qui concède le droit d'opposition à « tout créancier du précédent propriétaire » sans distinguer en rien entre créanciers antérieurs et postérieurs à la vente.

Non, si l'on voulait à toute force rapprocher le régime de la loi de 1909 d'une situation juridique déjà connue, c'est, bien plutôt qu'aux principes de l'hypothèque ou de la faillite, à ceux de la saisie-arrêt qu'il faudrait songer. La loi de 1909, ce nous semble, par son article 3, a, en effet, organisé au profit des créanciers chirographaires du vendeur une saisie-arrêt abrégée, simplifiée,

en la provoquant par une publicité obligatoire de la vente, et en la faisant précéder par une défense de payer faite, en dehors de toute intervention des intéressés, par le législateur lui-même.

Faisons pour le moment table rase de l'article 3, oublions même l'ancien usage a qui il a donné force de loi ; que se passerait-il ? Les créanciers chirographaires du vendeur, pour empêcher l'escamotage du prix à leur préjudice, en seraient réduits à pratiquer, en mains de l'acquéreur, une saisie-arrêt, avec dénonciation, contre dénonciation, assignation en validité. Et l'article 3 fait encore allusion à l'éventualité de cette procédure compliquée, quand il nous parle de « transport judiciaire du prix ou de partie du prix. »

Mais, pour qu'un créancier puisse faire saisie-arrêt en mains du débiteur de son débiteur, encore faut-il qu'il apprenne, par des renseignements recueillis de droite ou de gauche, le rapport d'obligation liant entre eux le tiers-saisi et le saisi. Qu'il ignore ce rapport, le paiement se fera, à son détriment. Et voici en notre matière quel était le grave péril. La vente étant clandestine, dissimulée par les parties, les créanciers chirographaires du vendeur ne pouvaient se garantir par une saisie-arrêt ; le prix, versé aux mains de leur débiteur, leur échappait irrémédiablement.

Et c'est contre ce danger de la clandestinité de la vente que la loi nouvelle a voulu prémunir les créanciers chirographaires du vendeur. Par la nécessité des insertions, elle oblige l'acquéreur à proclamer à tous

intéressés : « Prenez garde, sauvegardez vos droits ; j'ai un prix à payer à tel vendeur de fonds ».

Et les oppositions répondent, oppositions qui sont faites, non pas, comme le répètent à l'envi les commentateurs « sur le prix », mais « au paiement du prix », et qui ne sont que des saisies-arrêts, d'une simplicité grande de forme.

Mais la réforme de la loi eut été chimérique, si le droit commun n'avait pas été remanié sur un autre point. A suivre les règles ordinaires, pour empêcher l'acquéreur de se libérer en mains de son vendeur, au préjudice des créanciers de ce dernier, il eût été nécessaire de lui signifier une opposition. Non encore touché par une signification de cette sorte, il payait valablement son vendeur. Le législateur de 1909 comble la lacune. Il lui suffit, pour cela, d'accomplir un seul des deux actes distincts en lesquels la saisie-arrêt se décompose[1]. Bien évidemment, il n'a pas à saisir la créance du vendeur ; mais cette créance, du moins, il peut, pour des raisons d'utilité générale, l'arrêter, mettre l'embargo sur elle, pendant un certain temps : tant que les publications n'ont pas été faites, et jusqu'après l'expiration des dix jours suivant la seconde insertion, la créance du vendeur est donc, en mains de l'acquéreur, non pas saisie-arrêtée, mais arrêtée, simplement. Elle l'est, même en l'absence de toute signification ; elle l'est de plein droit, de par l'unique volonté de la loi ; c'est à cette défense légale de payer à quiconque

1 Garsonnet et Josserand, *Traité élémentaire des voies d'exécution*, 1re partie, Ch. II, S, II, nº 74.

que la sanction de l'article 3 *in fine* s'applique. Des oppositions sont-elles maintenant signifiées? L'effet s'en règle par application de l'article 1242 du Code Civil. Survienne au contraire l'expiration des dix jours sans aucune opposition, le législateur donne mainlevée, l'acquéreur pourra vider ses mains en celles du vendeur, sans s'exposer à payer deux fois. Droit de suite? Non pas : défense légale de payer, sous peine de mal payer et d'avoir à payer une seconde fois, arrêt légal de la créance du vendeur.

L'explication du régime de 1909 par les principes de la saisie-arrêt a été cependant contestée. L'on affirme, en effet, que l'opposition de l'article 3 n'est pas, ne peut pas être une saisie-arrêt : avec la loi Cordelet, dit-on, l'interdiction de payer et l'indisponibilité de la créance préexistent à l'exploit d'opposition, alors que, de droit commun, cette interdiction et cette indisponibilité ne se produisent qu'après la signification de la saisie-arrêt au tiers saisi. D'autre part, avec la saisie-arrêt, la mainmise sur la somme due présente un caractère individuel, l'acte une fois signifié ; avec la loi de 1909, la mainmise se produit collectivement, au profit de tous les créanciers chirographaires, dès l'instant même de la vente[1].

Mais ces objections ne tombent-elles pas d'elles-mêmes, après les explications que nous avons fournies? L'erreur consiste à prétendre que les obligations de l'acquéreur ont leur unique source dans les oppositions à lui signifiées conformément à l'article 3. En réalité, la situation de cet acquéreur comporte deux phases succes-

1 René-Lucien Morel, article précité, n° 17.

sives, avec une double explication : pendant la première phase, l'obligation dont il est tenu, tant qu'il n'a pas fait les publications et jusqu'à l'expiration du délai de dix jours, ne trouve sa source que dans la loi qui, dès l'instant de la vente, lui fait une défense de payer à qui que ce soit dont tous les créanciers du vendeur bénéficient. Pendant la seconde phase, après la signification d'une opposition, nous retombons dans le droit commun, l'article 1242 du Code Civil s'applique. L'opposition de l'article 3 n'est en effet qu'une saisie-arrêt ; c'est là l'opinion commune[1] .

Et, la situation ainsi analysée, il devient maintenant tout simple de rendre compte d'un lambeau de texte qui paraît à M. Bouvier-Bangillon devoir assurer le triomphe de sa thèse du droit de suite. La loi nouvelle, dit-il, ne confère le droit d'opposition qu'aux seuls créanciers du vendeur, « du précédent propriétaire. » Par là, elle reconnaît à ces créanciers du précédent propriétaire un droit privatif sur le prix ; elle les met dans une situation préférable à celle des créanciers chirographaires de l'acquéreur, à qui le droit d'opposition est refusé. Rien ne prouve davantage l'existence du droit de suite, du droit réel des créanciers chirographaires du vendeur[2].

1 Jurisprudence appliquant aux oppositions l'article 558 du Code de procédure civile ; proposition de loi déposée sur le bureau de la Chambre des députés, le 7 juin 1911, par M. Marc Réville, adoptée par la Chambre de Commerce de Paris (séance du 18 octobre 1911) : « le vendeur de fonds de commerce frappé d'opposition pourra se pourvoir en référé contre l'opposant, en vue d'obtenir l'autorisation de toucher du *tiers-saisi*, nonobstant l'opposition, et dans les termes de l'article 567 du Code de Procédure civile, modifié par la loi du 17 juillet 1907. »

2 Op. cit., nº 156 précité, et nº 408, p. 511.

Un droit privatif sur le prix ? Mais remarquons qu'au moment où les oppositions se produisent, pendant tout le laps de temps concédé aux créanciers chirographaires pour se faire connaître, le prix n'est pas encore individualisé. Les oppositions ne viennent pas frapper une somme d'argent dès maintenant sortie du patrimoine de l'acquéreur. L'individualisation du prix ne se produira que beaucoup plus tard, soit par le paiement, soit par la consignation effectuée en conformité de l'article 6, et dans les deux cas, au plus tôt vingt jours après la seconde insertion, en raison de la surenchère menaçante. Dès lors, comment parler d'un droit privatif des créanciers chirographiques du vendeur sur le prix, si ce prix n'existe pas ? Leur droit n'existe que sur la créance même de leur débiteur, le vendeur, créance qui, de par leurs oppositions, se trouve saisie-arrêtée.

Et vraiment, d'ailleurs, quels autres créanciers que ceux du vendeur pourraient-ils songer à faire opposition au paiement du prix ? Comment l'idée d'une pareille procédure viendrait-elle à l'esprit des créanciers de l'acquéreur ? Les créanciers chirographaires du vendeur font opposition, cela est tout naturel : l'acquéreur n'est pas leur débiteur direct, ils n'ont aucune action propre contre lui ; tout ce qu'ils peuvent faire, c'est saisir, en mains de cet acquéreur, la créance de leur débiteur direct, le vendeur. Et c'est pour empêcher l'extinction de cette créance par un paiement que leurs oppositions, après la défense du législateur, enjoignent : « Ne payez pas. La créance du vendeur fait partie de notre gage ; il est sans droit pour en toucher lui-même le prix. »

La situation est-elle la même pour les créanciers de l'acquéreur ? Mille fois non. L'acquéreur est leur débiteur direct. Ils ont directement action contre lui. A quoi rimerait qu'ils vinssent lui dire : « Ne payez pas votre vendeur. » Ils ont mieux à faire : par les voies d'exécution ordinaires, ils accapareront le patrimoine entier de leur débiteur, saisiront ses immeubles, ses meubles, l'argent liquide en sa possession, les créances qu'il aura contre les tiers, le fonds de commerce dont il sera devenu propriétaire. Et ne serait-il pas vraiment ridicule, pendant les délais donnés par la loi pour les oppositions de l'article 3, alors que le prix, nous le répétons, n'est pas encore individualisé, que les créanciers de l'acquéreur fissent opposition à son paiement, alors qu'il leur est loisible, par la saisie des deniers de leur débiteur, de placer ce dernier dans l'impossibilité absolue de payer son prix à quiconque ? Un créancier, pour s'emparer des sommes possédées par son débiteur direct, a-t-il besoin de pratiquer entre ses mains une saisie-arrêt ? La saisie-exécution ne lui suffit-elle pas ?

Et, notons-le en passant, l'on assure que la loi nouvelle a empiré la situation des créanciers chirographaires de l'acquéreur, menacés qu'ils sont maintenant de se voir préférer les créanciers chirographaires du vendeur, en cas de conflit. Nous croyons au contraire que la situation des créanciers de l'acquéreur est plus avantageuse que précédemment ; non pas en droit, sans doute, mais en fait. Auparavant, en effet, la force obligatoire de l'usage des publications repoussée, l'acquéreur

pouvait, sans courir aucun risque, payer son vendeur dès l'instant de la vente. Ce paiement pouvait nuire à ses créanciers : évidemment leur gage, diminué du prix versé, s'augmentait bien du fonds de commerce acquis en échange, mais les sommes produites par la réalisation de ce dernier avaient chance d'être de beaucoup inférieures au prix d'acquisition. Dorénavant, la sanction très sévère de l'article 3 fera que l'acquéreur s'abstiendra de payer dans des délais assez longs ; pendant ces délais, ses créanciers auront tout le temps de saisir son patrimoine entier, et notamment l'argent liquide qu'il se disposait à appliquer au paiement du prix.

Au reste, cette remarque faite, il est, prévue par la loi nouvelle, une situation qui prouve à l'évidence que les créanciers chirographaires du propriétaire précédent n'ont aucun droit de suite. Il s'agit de l'apport d'un fonds de commerce à une société, non pas en échange d'une contre-valeur fixe et invariable, mais moyennant une part de droits sociaux. Comment ici sauvegarder les intérêts des créanciers de l'apporteur, aucun prix, aucun bien n'existant sur lesquels ils puissent exercer leurs droits ? — La loi Cordelet règle la question de la façon suivante : avertis par une publicité dont nous négligerons l'organisation pratique, les créanciers de l'apporteur doivent se faire connaître, dans un certain délai, par une déclaration au Greffe du Tribunal de Commerce. « A défaut, dit l'article 7, par les co-associés ou l'un d'eux, de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur

principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. »

Cette responsabilité solidaire de la société, édictée par l'article 7, paraît à M. Bouvier-Bangillon une mesure toute de faveur... pour la société elle-même. Et voici comment il raisonne. Imaginons que l'article 7 n'existe pas : les créanciers chirographaires de l'apporteur, en vertu de leur droit de suite, pourraient « saisir le fonds de commerce, paralyser la marche de la société, amener même sa dissolution[1] ». Danger d'autant plus inquiétant, que l'hypothèque des créanciers chirographaires est occulte. Le législateur pare donc à ce danger par une disposition appropriée : les créanciers devront se révéler dans un délai bref, faute de quoi leur droit de suite sera purgé. Mais supposons maintenant, les déclarations des créanciers ayant été régulièrement faites le défaut de demande ou de jugement d'annulation ; la société, nous dit la loi, sera tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré et justifié. Pourquoi cela ? Si les créanciers chirographaires ont un droit de suite, n'était-il pas plus simple de les laisser s'en servir, saisir le fonds, et recouvrer leur gage ? — Sans doute, dit M. Bouvier-Bangillon, mais ici encore le législateur s'est inspiré de l'intérêt bien compris de la société : « il est probable que les créanciers de l'apporteur, ayant pour gage dorénavant toutes les valeurs sociales, ne pousseront pas à la réalisation de leur droit sur le fonds de commerce. La société pourra alors continuer son

1 Op. cit., nº 179, p. 416.

exploitation[1] ». — Assurément ; mais réfléchit-on que les créanciers de l'apporteur vont avoir action sur toutes les valeurs sociales, non pas seulement jusqu'à concurrence de la valeur du fonds de commerce, mais bien pour obtenir paiement de l'intégralité de leurs créances, de la totalité du passif déclaré et justifié ? Et n'est-il pas dès lors quelque peu plaisant d'expliquer la responsabilité solidaire de la société par l'intérêt de cette dernière ?

D'ailleurs, l'explication vraie de l'article 7 nous est donnée sans réplique par les travaux préparatoires. Ce n'est pas le souci des intérêts sociaux qui a dicté cet article ; ce n'est pas pour préserver la société contre le droit de suite des créanciers chirographaires qu'il a été écrit ; c'est bien plutôt pour préserver les créanciers chirographaires contre l'absence de tout droit de suite. Qu'on en juge vraiment :

« L'apport en société d'un fonds de commerce peut être, pour le commerçant, un moyen de soustraire son actif à ses créanciers. »

« Nous supposons un apport pur et simple, c'est-à-dire fait moyennant une part de droits sociaux, et non moyennant un équivalent à payer ou à fournir par la société, qui n'est plus assujetti aux chances de baisse ou de mauvaise fortune que la société peut courir. »

« Les créanciers inscrits sur le fonds sont protégés par le droit de suite contre les conséquences de cet acte qui constitue une véritable aliénation. Il n'en est pas de même des simples créanciers chirographaires : les dettes qui grèvent le fonds ne tombent pas, en principe, à la

1 Op. cit., nº 179, p. 416.

charge de la société. L'apport d'un fonds de commerce en société est plus dommageable pour les créanciers chirographaires qu'une vente qui comporte un prix sur lequel, du moins, ils peuvent exercer leurs droits[1]. »

La situation est donc nette : pas de droit de suite, rien à saisir-arrêter, nécessité d'une protection spéciale. « Peut-être, regrette M. Bouvier-Bangillon en commentant l'article 7, le droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce n'est-il pas apparu assez nettement au législateur de 1909[2]. » Ici, nous l'accorderons volontiers, M. Bouvier-Bangillon nous paraît être dans le vrai.

Au surplus, la théorie de notre auteur, qui voit dans les publications de l'article 3 une procédure de purge des créances chirographaires, rend compte très malaisément de bien des questions secondaires, nées d'un rapprochement du droit réel des créanciers chirographaires avec celui des créanciers inscrits : pourquoi la purge des créances chirographaires est-elle obligatoire, alors que celle des créances inscrites est facultative[3] ? Comment se fait-il que l'acquéreur obligé à la dette puisse purger selon les articles 3 et 5, et non selon l'article 22[4] ? Pourquoi l'acquéreur à titre gratuit, qui peut purger les créances inscrites, resterait-il indéfiniment exposé au droit de suite des créanciers chirographaires[5] ?

1 Rapport Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., n° 140, p. 110.

2 Op. cit., n° 179, p. 416.

3 Bouvier-Bangillon, op. cit., n° 187, p. 421 ; — 4, n° 192, p. 422 ; — 5, n° 169, p. 411.

Reste, il est vrai, le droit spécial de surenchérir du sixième, concédé aux simples créanciers chirographaires, et surtout à eux, par l'article 5. M. Bouvier-Bangillon y voit, nous le savons, une conséquence du droit réel ; à l'en croire, ce droit de surenchère « se lie à la purge d'un droit de suite dont il est le correctif ». Et cependant, au cours des longues discussions parlementaires que le principe de la surenchère du sixième a suscitées[1], personne n'a jamais soufflé mot de droit réel, de droit de suite. En effet, est-il indispensable d'être titulaire d'un droit réel, pour avoir le droit de surenchérir ? Certes non. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer à la surenchère du sixième admise en matière immobilière, et encore à la surenchère après faillite de l'article 573 Code Commerce, qui, fondées toutes deux sur cette idée que les biens vendus en justice se vendent mal, sont ouvertes au premier venu, à un tiers quelconque, sans droit réel sur l'immeuble, sans créance même contre le débiteur saisi[2]. Ici, notre surenchère du sixième, en cas de vente amiable du fonds de commerce, est fondée sur cette idée qu'une partie du prix a pu être frauduleusement dissimulée ; elle n'est pas ouverte à tous, mais aux seuls créanciers qui pourraient invoquer l'article 1167 du Code Civil ; c'est une forme pratique de l'action paulienne[3]. Et ce qui le montre bien, c'est qu'il faut, pour qu'elle soit possible, que le prix offert par l'acquéreur soit insuffisant pour désintéresser créanciers inscrits et

1 Voir sur ces discussions Bouvier-Bangillon, op. cit., p. 423 et suiv.

2 Planiol, op. cit., t. II, n° 3376, p. 1035.

3 En ce sens, R.-L. Morel, article précité, n° 39.

opposants. Or, pareille exigence ne se rencontre plus, pour l'exercice de la surenchère du dixième ouverte au vendeur et au créancier nanti, par l'article 23. D'où vient la différence ? Tout simplement de ce que la surenchère du dixième, comme la surenchère des créanciers hypothécaires sur les immeubles, est une conséquence du droit propre, du droit réel des créanciers inscrits, tandis que la surenchère du sixième n'est qu'un avatar de l'action paulienne qui, on le sait, en dehors de la fraude, exige le préjudice.

Non, les créanciers chirographaires n'ont sur le fonds aucun droit de suite, aucun droit réel. La vérité de l'assertion se confirme, au cours de la loi, en mainte occasion. Lors de différents événements juridiques intéressant le sort du fonds[1], les créanciers inscrits, à qui ce fonds est hypothéqué, doivent être avertis par des sommations, des notifications ; l'on ne se soucie jamais d'avertir les créanciers chirographaires, qui n'ont sur le fonds aucun droit propre. C'est qu'on ne les connaît pas, prétend-on. Nous répondons : si l'on ne pouvait pas arriver à les connaître, comment une purge de leur droit de suite serait-elle concevable ?

En définitive, à notre sens, après la loi nouvelle, les créanciers chirographaires du cédant n'ont d'autre droit particulier que le droit de surenchère à eux conféré par l'article 5 ; et ce droit, simple variété de l'action paulienne, n'a bien entendu rien de commun avec un droit de suite, avec un droit réel. Les créanciers

1 Au cas, par exemple, de résiliation amiable ou judiciaire du bail (art. 14) de résolution amiable, judiciaire ou de plein droit de la vente (art. 2, al. 4 et 5), etc.

chirographaires, sans doute, pourront saisir la créance du vendeur contre l'acquéreur, soumise à leur droit de gage général ; pour les préserver de dangers spéciaux à la matière, cette saisie-arrêt présentera cette particularité, question de forme mise à part, qu'elle sera provoquée par une publicité obligatoire de la vente, et consécutive à une défense légale de payer, à un arrêt légal de la créance du vendeur. Mais jamais, sur le fonds, de droit réel propre aux créanciers chirographaires et, bien plus, aucun lien de droit les reliant directement à l'acquéreur.

S'ensuit-il que, dans notre opinion, nous leur interdisions d'inquiéter cet acquéreur, de saisir sur lui le fonds de commerce, de s'emparer de son patrimoine entier ? Aucunement : souvenons-nous de l'article 1166 du Code Civil, suivant lequel les créanciers peuvent « exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont attachés à la personne. » Nous permettrons alors aux créanciers chirographaires d'atteindre l'acquéreur par la voie oblique de cet article 1166. Et ainsi, sans nul besoin d'un droit à eux propre, ils intenteront, au nom du vendeur, l'action résolutoire, suivront le fonds sur l'acquéreur, le feront vendre, invoqueront les hypothèques privilégiées de leur débiteur. Trouvera-t-on que, de la sorte, ils soient insuffisamment protégés ? Et vraiment qu'auraient-ils à faire d'un droit de suite ?

Il nous reste maintenant à examiner la théorie de M. Bouvier-Bangillon dans ses conséquences, et à voir où nous conduirait l'adoption des idées qu'il soutient.

Que si l'on accepte la théorie du droit de suite, à

supposer des créanciers chirographaires dont le droit n'ait pas été purgé, on leur accordera la faculté de saisir le fonds sur l'acquéreur, en vertu d'un droit propre. Dans notre opinion, ce droit leur sera refusé, mais l'usage de l'article 1166 les protègera très efficacement. Point n'est besoin d'insister sur cette première conséquence ; elle a été prévue plus haut.

Deuxième conséquence : l'acquéreur à titre gratuit d'un fonds de commerce restera indéfiniment exposé au droit de suite des créanciers chirographaires du cédant, la purge des articles 3 et 5 ne pouvant jouer, écrit M. Bouvier-Bangillon « par suite d'absence de prix et par impossibilité de fonctionnement[1] ». Mais, remarquons-le, l'absence de prix n'empêche pas l'acquéreur à titre gratuit d'un fonds de commerce de purger les créances inscrites, en offrant à leurs titulaires « l'évaluation du fonds », comme dit l'article 22. Pour quelle raison le législateur aurait-il dénié à l'acquéreur à titre gratuit le droit de purger les créances chirographaires ? N'est-ce pas plus simplement, si cet acquéreur n'a pas à offrir l'évaluation du fonds aux créanciers chirographaires, que le prétendu droit de suite de ces derniers n'existe pas ?

Dans notre opinion, le droit de suite écarté, la protection des créanciers chirographaires du cédant sera assurée par les actions de droit commun, notamment par l'action paulienne qui, comme on le sait, triomphe plus aisément contre un acquéreur à titre gratuit. En matière commerciale d'ailleurs, l'aliénation à titre onéreux sera la règle presque absolue.

1 Op. cit., n° 179, p. 415.

Mais une autre conséquence, plus intéressante, de la théorie du droit de suite est la suivante : supposons un fonds de commerce compris dans une succession dévolue à deux héritiers dont les droits sont égaux : le passif héréditaire se divise entre eux par moitié. Or, le fonds de commerce étant attribué, dans le partage, à l'un des cohéritiers exclusivement, faut-il donner action aux créanciers héréditaires pour moitié contre chacun d'eux, ou bien appliquer l'article 873 du Code Civil : « les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout ? » En d'autres termes, faut-il, eu égard à leur droit de suite sur le fonds de commerce, concéder aux créanciers chirographaires du *de cujus* actionnant le cohéritier attributaire du fonds, cette faculté d'agir pour le tout qui appartient au créancier hypothécaire, quant il poursuit l'attributaire de l'immeuble hypothéqué ?

Et, ici, la réponse de M. Bouvier-Bangillon vaut d'être rapportée : elle montrera que nous n'avons pas trahi sa pensée, quand nous avons avancé, au début de ces explications, que le droit réel qu'il reconnaît aux créanciers chirographaires n'est pas autre chose qu'une hypothèque : « La solution affirmative, répond notre auteur à la question posée, me paraît pouvoir résulter de cette remarque, que, s'il en est ainsi en matière de droit hypothécaire, c'est en vertu du droit réel d'hypothèque. Il doit en être de même du droit réel des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce[1]. »

1 Op. cit., n° 158, p. 407.

Malheureusement, les travaux préparatoires anéantissent cette opinion :

« Notons encore, nous signale le Rapport supplémentaire Cordelet, que, dans les cas de partage ou de licitation d'un fonds, les créanciers chirographaires de l'auteur commun, ou ceux dont la créance a pour cause l'administration du fonds indivis, n'ont d'action contre l'attributaire ou l'adjudicataire du fonds et contre chacun des autres copartageants ou colicitants, que pour la part de la dette pour laquelle chacun d'eux est personnellement tenu[1]. »

« Y a-t-il là un argument suffisant ? » se demande M. Bouvier-Bangillon. Vraiment, on pourrait être tenté de le croire.

Enfin, la conséquence la plus remarquable de la théorie du droit réel des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, celle qui nous a décidé à discuter cette théorie de façon approfondie, se manifeste au point de vue d'un classement des créanciers.

Tout d'abord, malgré l'affirmation de M. Bouvier-Bangillon que « bien entendu, il n'y a pas, en principe, de préférence entre les créanciers chirographaires du vendeur », il semble bien que la thèsee du droit réel oblige à préférer, parmi ces créanciers chirographaires, les créanciers antérieurs à la vente aux créanciers postérieurs. Comment ces derniers, en effet, pourraient-ils voir naître à leur profit un droit réel sur un bien sorti du patrimoine de leur débiteur[2] ?

1 M. A. Bernus, op. cit., n° 317, p. 267.

2 R.-L. Morel, article précité, n° 36, p. 123.

Mais, de plus, si les créanciers chirographaires du vendeur peuvent saisir le fonds sur l'acquéreur en vertu d'un droit propre, il se produira, en notre matière, ce qui se produit à propos du navire, en droit maritime : des conflits pourront surgir entre les créanciers chirographaires du vendeur et les créanciers personnels de l'acquéreur. Aussi M. Bouvier-Bangillon envisage-t-il ces conflits, et voici les solutions qu'il préconise :

En premier lieu, les créanciers chirographaires du vendeur seront incontestablement primés par les créanciers inscrits du chef de l'acquéreur. La raison en est que les hypothèques de ces créanciers inscrits ont été régulièrement publiées, et que l'on ne saurait admettre à passer avant elles l'hypothèque occulte des créanciers chirographaires. La raison en est encore, ajoute M. Bouvier-Bangillon, que la préférence entre gagistes se règle uniquement d'après l'ordre des inscriptions, sans distinguer si le gagiste inscrit le premier procède du vendeur ou de l'acheteur. Dès lors, imaginons un gagiste procédant de l'acquéreur s'inscrivant avant un gagiste procédant du vendeur : comment le gagiste de l'acquéreur pourrait-il se voir primer par les créanciers chirographaires du vendeur, alors que lui-même doit passer avant le gagiste de ce vendeur, le dit gagiste préférable sans nul doute aux simples créanciers chirographaires[1].

Le raisonnement est exact en soi, nous le reconnaissons volontiers ; mais la situation juridique qui le permet est-elle possible ? Ne suffit-il pas, pour répondre

1 Op. cit., nº 408.

négativement, d'observer que l'aliénation vient arrêter, et cela tant au point de vue du droit de préférence que du droit de suite[1], le cours des inscriptions des gagistes procédant du vendeur, et que le conflit spécial qui sert à notre auteur d'argument est en conséquence irréalisable ?

Mais que si maintenant l'on suppose les créanciers chirographaires du vendeur en compétition avec les créanciers chirographaires de l'acquéreur, les premiers devront être préférés aux seconds.

Ainsi le veut d'abord, dit-on, l'article 3 de la loi nouvelle qui, ne donnant le droit d'opposition qu'aux seuls « créanciers du précédent propriétaire », consacre au profit de ces derniers un droit privatif. Nous connaissons déjà l'argument, en même temps que sa valeur.

Ainsi le commande encore, ajoute-t-on, la prérogative du droit de suite, du droit réel sur le fonds de commerce. Mais, à supposer même ce droit admis, une telle conséquence tirée de sa réalité n'en resterait pas moins très contestable ; et en droit maritime, M. Vermond, qui, quoi qu'en prétende M. Bouvier-Bangillon, semble bien reconnaître aux créanciers chirographaires du vendeur, non seulement un droit de suite, mais encore un droit réel sur le navire (puisqu'en effet, dans l'ouvrage de cet auteur, l'étude du droit de suite des créanciers chirographaires constitue la Section III d'un Chapitre II intitulé: « Droits réels pouvant exister sur le navire. ») M. Vermond, disons-nous, refuse nettement, au cas de conflit des créanciers chirographaires du vendeur avec

1 Cf. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, nº 1669, p. 1017.

ceux de l'acquéreur, toute préférence aux premiers sur les seconds. Et les raisons qu'il invoque pour justifier pareille solution sont, à la vérité, excellentes[1].

Mais, pour nous, nous faisons place nette des conflits d'opinions, en les tarissant dans leur source, les conflits de créanciers.

Il faut en effet se garder de dire, avec M. Léon Lacour, que, la théorie du droit de suite repoussée, « dans le cas de conflit entre les créanciers personnels de l'acquéreur et les créanciers de son vendeur, il parait impossible de sous-entendre un privilège[2]. » La vérité est que, si l'on refuse tout droit de suite aux créanciers chirographaires du vendeur, la question ne se pose plus. Jamais ils n'entreront en lutte avec les créanciers personnels de l'acquéreur. Et comment en irait-il autrement puisque, ce refus étant donné, les créanciers chirographaires du vendeur, n'ayant aucun droit propre, ne pourront que se disputer entre eux le prix de vente une fois individualisé, ou qu'user de l'article 1166?

Nous conclurons donc que la loi Cordelet n'a posé aucun point d'interrogation nouveau, en ce qui concerne le classement des créanciers chirographaires. Il y a bien une innovation, d'ailleurs formelle et précise: c'est celle qui est contenue dans la disposition précédemment élucidée « Aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de partie du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront fait connaître dans ce délai.» Les oppositions de la onzième heure seront

1 Op. cit., n° 32.

2 Léon Lacour, op. cit., 1er fascicule, p. 483, n° 804, note 2.

payées comme les cessions et les saisies-arrêts de la première.

Mais cette disposition, si elle déroge, à certains points de vue, aux règles appliquées en matière de saisie-arrêt[1], et si elle influe sur la façon pratique dont les différents créanciers du vendeur seront réglés, ne modifie du moins aucunement la nature juridique de leurs droits.

1 Sur ces règles : GARSONNET et JOSSERAND, op. cit., 1re partie, Ch. II, S., II, § 1, nº IV.

APPENDICE

FAILLITE - ARRÊT DES INSCRIPTIONS

Le classement que nous venons de proposer vise l'hypothèse de la réalisation d'un fonds de commerce saisi sur un propriétaire *in bonis*. La mise en faillite (ou en liquidation judiciaire) viendra-t-elle modifier ce classement, et dans quelle mesure ?

Avant la loi du 17 Mars 1909, la faillite avait, au point de vue d'un classement des créanciers du propriétaire de fonds de commerce, une énorme importance : il faut se rappeler, en effet, que l'œuvre de nivellement de l'article 550 Code Commerce s'accomplissait aussi bien pour le vendeur du fonds lui-même que pour tout autre vendeur de meubles. Le vendeur de fonds de commerce perdait donc, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, le privilège de l'article 2102 - 4° qui lui était reconnu, et tombait au rang des créanciers chirographaires[1].

Avec la loi nouvelle, nous le savons, il n'en est plus ainsi. Article 2 alinéa dernier : « l'article 550 du Code de Commerce n'est applicable ni au privilège, ni à l'action résolutoire du vendeur d'un fonds de commerce. »

Seuls donc, le vendeur de marchandises et le vendeur de matériel perdront leur privilège, au cas de faillite,

1 Voir supra, deuxième partie, chapitre Ier, section II.

sauf à eux à se prévaloir, s'il y échet, de la revendication permise par l'article 576 Code Commerce.

Quant au bailleur d'immeuble, l'article 550 Code Commerce, modifié par la loi du 12 février 1872, n'a pas changé son rang favorable, bien qu'il ait restreint ses droits.

Dès lors, l'éventualité de la faillite semble, en notre matière, de bien peu d'intérêt. Mais il faut nous souvenir que les hypothèques du vendeur et du créancier nanti sont soumises à inscription ; et la question se posera, grosse de conséquences au point de vue d'un classement, de savoir si vendeur et créancier nanti pourront s'inscrire, malgré la faillite ou la liquidation judiciaire de leur débiteur, si, en d'autres termes, l'article 448 Code Commerce alinéa 1er leur sera applicable ou non.

La loi Cordelet, fort heureusement, règle ce point de façon précise.

De bons auteurs et la jurisprudence[1] admettaient, dès 1898, que l'article 448 devait s'appliquer à l'inscription du créancier nanti. L'article 11 alinéa 2 de la loi nouvelle, ratifiant cette opinion, porte que la faillite et la liquidation judiciaire empêchent le créancier nanti de s'inscrire, même s'il est encore dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif de nantissement[2].

Mais, pour le vendeur de fonds de commerce, la situation est toute différente. L'article 2 alinéa 1er men-

1 Dijon, 17 mai 1901, S., 1904, 2, 6 ; Rennes, 26 juin 1902, S., 1904, 2, 1, note Wahl.

2 Edmond Thaller, *Traité général théorique et pratique de droit Commercial ; Des Faillites et Banqueroutes et des Liquidations judiciaires*, par J. Percerou, t. Ier, n° 732, p. 715, n. 3.

tionne que l'inscription des hypothèques privilégiées du vendeur est « opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur ». L'article 448 alinéa 1er est donc ici écarté[1]. A la seule condition de se trouver encore dans la quinzaine de la date de l'acte de vente, le vendeur pourra s'inscrire, même après le jugement déclaratif, et le sort de son action résolutoire, remarquons-le, restera lié indissolublement à celui des hypothèques privilégiées[2].

Notons, d'ailleurs, que la question d'applicabilité de l'article 448 alinéa 2 ne se posera pas, étant donné l'obligation imposée par la loi nouvelle, à peine de nullité, au vendeur et au créancier nanti[3], de s'inscrire dans la quinzaine de la date de l'acte de vente, ou de l'acte constitutif de nantissement.

Au surplus, les nullités ordinaires de la faillite seront invoquées, le cas échéant.

Est-il maintenant grand besoin d'ajouter que, malgré la nature hypothécaire du nantissement sur fonds de commerce, l'hypothèque de la masse (article 490 Code Commerce) ne pourra pas, à la diligence des liquidateurs judiciaires ou des syndics, être inscrite au Greffe, sur le fonds lui-même, mais seulement, à la

1 Rapport Cordelet, M. A. Bernus, op. cit., nº 126, p. 97 ; Dalloz, 1909, IV, p. 44, col. 2.

2 Sur l'intéressant parallèle que permet l'article 2 de la loi Cordelet, entre le vendeur de fonds de commerce et le vendeur d'immeuble, voir Percerou, op. cit., t. Ier, nos 726 et 727.

3 Percerou, op. cit., t. Ier, nº 739 *bis*.

conservation des hypothèques, sur les immeubles par destination, si le fonds se trouve en contenir[1] ?

Mais d'autres événements sont susceptibles de menacer d'un arrêt le cours des inscriptions.

Quid de la succession bénéficiaire ? L'inscription du vendeur, nous dit l'article 2 alinéa 1er, est « opposable à la succession bénéficiaire de l'acquéreur ». Suivant une opinion, il faudrait étendre cette solution favorable à l'inscription du créancier nanti, au cas de mort du débiteur suivie de sa succession bénéficiaire[2]. Mais cela est très contestable, et très contesté[3].

Quant à l'aliénation et à la sous-aliénation, intervenant dans le délai de quinzaine donné au vendeur et au créancier nanti pour s'inscrire, les empêchent-elles de le faire utilement désormais ? Pour le créancier nanti, l'affirmative n'est pas douteuse : son hypothèque ne prend rang qu'à la date même de son inscription[4]. Mais pour le vendeur, dont l'inscription a un effet rétroactif, que décider ? Faut-il appliquer ici, par analogie, l'article 6 alinéa 2 de la loi du 23 mars 1855 ? MM. Boutaud et Chabrol s'y refusent, en concédant d'ailleurs qu'une sous-aliénation aussi précipitée sera facilement annulée, comme frauduleuse[5].

En somme, pour régler la situation du vendeur et du

1 J. Percerou, op. cit., t. Ier, n° 814 *bis*, p. 802, note 5.

2 Bouvier-Bangillon, op. cit., p. 464, note 1.

3 Boutaud et Chabrol, op. cit., Supplément, n° 95, p. 36 ; Léon Lacour, op. cit., n° 847, et p. 507, note 2.

4 Boutaud et Chabrol, op. cit., Supplément, n° 96.

5 Boutaud et Chabrol, op. cit., Supplément, n° 20. — A consulter : F. Montier, *Journ. des Faillites*, 1910, p. 474.

créancier nanti, au cas de faillite, d'acceptation bénéficiaire, d'aliénation, le législateur s'inspire des principes reçus en matière d'hypothèques, les auteurs ont recours à ces mêmes principes, dans le silence des textes. Et ce nous est un argument de plus en faveur de la thèse soutenue sur la nature juridique des droits de ces créanciers.

CONCLUSIONS

Il ne nous reste plus maintenant, notre besogne principale accomplie, qu'à rechercher les conclusions à tirer de l'étude des innovations de la loi Cordelet à laquelle notre sujet nous a conduit.

Mais tout d'abord, une remarque : est-il bien exact, à propos de la loi du 17 mars 1909, de parler d'innovations ? Evidemment, sur quelques points particuliers : publicité obligatoire du contrat de vente, arrêt légal de la créance du vendeur, oppositions, la loi récente contient des dispositions originales ; et cependant il n'y a pas là, à vrai dire, invention d'une institution juridique nouvelle, il y a, plus simplement, organisation neuve d'une institution juridique déjà connue. Au reste, l'œuvre essentielle de la loi consiste bien plutôt à permettre l'hypothèque mobilière sur fonds de commerce, au profit, soit du créancier nanti, soit du vendeur.

Eh bien, quant à cette possibilité de l'hypothèque, la loi Cordelet a-t-elle innové, véritablement ? A ne pas remonter le courant de l'évolution législative en amont de la période intermédiaire, le terme peut, à coup sûr, être employé ; pourra-t-on s'en servir encore, si l'on considère notre ancien droit et le droit romain ? Sous l'ancien régime, nous l'avons vu, les éléments d'exploitation d'un établissement commercial étaient susceptibles d'hypothèque, et les offices, ces sosies des fonds de commerce, permettaient l'usage du même instrument de crédit. Quant au droit romain, il admettait, de la façon

la plus large, l'hypothèque sur les meubles, à la seule condition qu'ils fussent dans le commerce.

Dès lors, si la loi Cordelet a autorisé le commerçant à hypothéquer son fonds, si elle a affecté ce fonds, par une triple hypothèque privilégiée, à la garantie de son vendeur, si même elle a permis à ce vendeur et au créancier nanti, invoquant la réalité de leurs droits, de suivre en mains des tiers des éléments détachés de l'ensemble, il ne saurait y avoir là une innovation véritable. Tout au contraire, c'est, sans qu'on en ait eu conscience, un retour à des états de droit fort anciens, une revivification d'institutions mortes. Et ne prouve-t-elle pas péremptoirement, cette évolution en cercle, la pérennité des principes qui s'imposent au législateur comme au jurisconsulte, en cette matière des sûretés réelles à conférer aux créanciers ?

Mais, cette remarque faite, l'étude à laquelle nous nous sommes livré nous inspirera deux conclusions.

En premier lieu, il nous paraît bien certain que l'actuelle distinction des biens en meubles et immeubles, avec la différence de traitement qui s'ensuit en cas de recours au crédit, n'est plus le moins du monde en rapport avec l'organisation économique. Il faut lire, à ce sujet, avec, à l'appui, citations de Rossi, de Demolombe, de Mourlon, le très sévère réquisitoire prononcé par M. Georges Hartmann contre le régime du Code Civil, que nous subissons toujours, bien qu'il ait fait son temps[1] : le législateur de 1804 a accentué la rigidité de la distinction entre meubles et immeubles :

1 G. Hartmann, op. cit., p. LXXIV et suiv.

il a fait tomber dans la classe des meubles des biens jusque-là réputés immobiliers ; d'autre part, il a fait de l'hypothèque l'apanage exclusif de l'immeuble, le meuble, dédaigné, ne recevant dans son lot que l'instrument bien imparfait du gage avec dépossession effective. Or, si pareil système ne jurait peut-être pas trop avec l'état économique du moment, depuis, une évolution remarquable s'est accomplie : il s'est produit comme un renversement des valeurs mobilières et immobilières, et l'axiome « *res mobilis, res vilis* » n'est plus qu'une contre-vérité. Aussi, pour certains meubles particulièrement importants, et notamment pour le fonds de commerce, la ressource si peu pratique du gage reste-t-elle suffisante ? ne faut-il pas permettre l'hypothèque qui est le type supérieur, le progrès dernier des sûretés réelles ?

Pour le fonds de commerce, la loi de 1909 vient donner satisfaction au besoin nouveau, mais en partie seulement ; car elle n'autorise qu'une sorte d'hypothèque : l'hypothèque conventionnelle. Pourquoi s'arrêter en si bon chemin ? Pourquoi ne pas permettre aussi, sur le fonds, l'hypothèque judiciaire, l'hypothèque légale ? Si l'on admet que ces dernières sortes d'hypothèques correspondent à une nécessité, pourquoi les refuser, sur le fonds de commerce, aux créanciers qu'elles ont pour mission de protéger, alors que ce fonds constituera bien souvent, à lui seul, le patrimoine entier de leur débiteur ? Une telle réforme serait chose si facile : ou bien déclarer nommément les fonds de commerce passibles de toutes hypothèques, ou bien

parvenir au même résultat en leur conférant expressément la nature immobilière, ce qui entrainerait, d'ailleurs, bien d'autres avantages, en matière de contrat de mariage notamment.

Le fonds de commerce, un immeuble ! protestera-t-on. Pourquoi pas ? Le propre de l'immeuble, sans doute, c'est la fixité de situation, que l'étymologie suggère. Mais, à bien y réfléchir, peut-on, sans méconnaître le caractère essentiellement changeant et instable de toutes choses, prétendre que quoi que ce soit ait une situation absolument fixe ? Les édifices, les bâtiments peuvent être déplacés, sans qu'il soit besoin de les démolir : la chose est fréquente en Amérique, où les ingénieurs transportent d'un lieu à un autre, sans démolition, des constructions importantes ; à Paris même, on cite l'exemple de la Fontaine du Palmier, sur la place du Châtelet, reculée tout entière pour l'ouverture du boulevard de Sébastopol[1]. « Il n'y a d'immeuble, à proprement parler, que le sol », nous répètent Marcadé, Mourlon, Accolas[2]. Et il faut aller plus loin encore ; le sol lui-même ignore l'immobilité absolue : en dehors des enseignements de la géologie, l'exploitation d'une mine, d'une carrière, le creusement d'un canal, une entreprise de nivellement nous le démontrent. Comment, dès lors, peut-on continuer à parler d'immeuble ?

C'est que : « le droit ne considère pas la possibilité du mouvement avec la même rigueur que la mécanique ;

1 Planiol, op. cit., t. 1, p. 704, note 1.

2 Marcadé, *Explication du Code civil*, t. II ; Mourlon, *Répétitions sur le Code Napoléon* ; Accolas, *Manuel du droit civil*, t. Ier, Ch. 1er.

qu'il admet comme immeubles les choses qui le sont d'une manière durable et habituelle, celles dont la fonction est d'être immobiles, encore bien qu'elles puissent être accidentellement déplacées par des moyens extraordinaires[1] .» Mais, à s'inspirer de cette formule, dont la justesse est incontestable, ne peut-on pas affirmer que le fonds de commerce est beaucoup plus immeuble que meuble? Car enfin, dans son existence, le déplacement reste malgré tout l'éventualité peu probable, l'accident, qui deviendra plus rare encore quand, demain, les revendications à l'ordre du jour dans le monde commercial auront abouti à une protection législative du commerçant locataire contre le congé arbitraire et abusif du locateur[2] .

Objectera-t-on la fameuse notion juridique du fonds de commerce? Inutile de répéter, une fois de plus, ce qu'elle vaut. Mais n'oublions pas que l'office était, dans

1 Planiol, op. cit., t. Ier, p. 704, note 1.

2 M. Thalamas a traduit ces revendications en une intéressante proposition de loi, qui vise à garantir ce que l'on s'accoutume à appeler, assez vicieusement, une « propriété commerciale ». Voici cette proposition :

Article 1er. — Lorsqu'un commerçant quelconque arrivera à fin de bail, le propriétaire de l'immeuble, à moins qu'il ne renouvelle avec son locataire sortant ou qu'il ne consente un nouveau bail à l'acheteur dudit locataire, ne pourra installer dans les locaux devenus vacants un commerce similaire, soit par lui-même, soit par un nouveau locataire, qu'après avoir payé, à dire d'experts, la valeur dudit fonds. Cette interdiction prendra fin après un délai qui sera déterminé, pour chaque commerce, par un accord entre le syndicat des commerçants intéressés et le syndicat des propriétaires de la localité, ou, à défaut de cet accord, par le Tribunal de Commerce du lieu.

Article 2. — Le locataire n'aura droit à cette indemnité qu'autant qu'il s'engagera à ne pas exercer son commerce pendant le même temps et dans un périmètre qui sera déterminé par accord entre les syndicats visés à l'article précédent, ou, à défaut de cet accord, par le Tribunal de Commerce du lieu.

l'ancien droit, considéré comme immeuble, ainsi d'ailleurs que tous autres biens productifs de revenus stables et importants, car l'on peut concevoir, présidant à la distinction entre meubles et immeubles, un autre principe que celui de la fixité de situation.

En conséquence, sur ce premier point, nous conclurons en appelant de nos vœux un remaniement de nos Codes qui, par un moyen ou par un autre, assure, sur le fonds de commerce, l'organisation de toutes hypothèques de droit civil et de droit commercial.

Mais, dans un ordre d'idées différent, une seconde conclusion nous parait devoir s'imposer : c'est que la loi Cordelet met à son tour en lumière, après mainte devancière, une imperfection grave du mode de confection de nos lois de droit privé. A confier leur élaboration, leur rédaction, au personnel parlementaire, le plus souvent sans compétence juridique aucune, l'on s'expose à ce que soient commises de grossières erreurs, lourdes de conséquences, car d'un principe faux découlent toujours des conséquences erronées. Et n'est-il pas, en notre matière, pour le moins étrange, comme le remarquent les auteurs, de voir le législateur créer une hypothèque mobilière sous un pseudonyme, induire ainsi la jurisprudence en erreur, et l'amener, à propos d'un classement des créanciers, à appliquer les règles du gage, au lieu de celles de l'hypothèque ?

Le mal est évident, et le remède si simple : il suffirait, tout en laissant les représentants du pays maîtres absolus de leur volonté, et de la substance même des réformes, de confier le soin d'exprimer cette volonté, en une

langue d'une exactitude juridique irréprochable, à un corps de jurisconsultes éclairés, Professeurs des Facultés de droit, Conseillers d'Etat, par exemple. Une telle méthode a été employée avec bonheur en Espagne, où l'ingénieux système des « bases », proposées par les Cortès, et dotées d'une formule définitive par une Commission extraparlementaire, a présidé à la confection du Code Civil[1]. Que l'on importe chez nous cette heureuse division du travail: l'autorité du Parlement n'y perdra rien, la qualité de nos lois de droit privé y gagnera infiniment. L'on célèbre à l'envi la précision, la limpidité, l'orthodoxie juridique du langage du Code Napoléon: ni Tronchet, ni Bigot du Préameneu, ni Portalis, ni Malleville n'étaient issus du suffrage universel.

Vu:
Le Doyen,
G. BRY

Vu:
Le Président de la thèse,

Aix, le 14 Mai 1912
PH. BONNECARRÈRE.

Vu et permis d'imprimer:
Aix, le 15 mai 1912,

Le Recteur de l'Académie,
J. PAYOT.

1 Le mérite de l'idée revient à M. ALONSO MARTINEZ, Ministre de la Justice de 1885 à 1889.

BIBLIOGRAPHIE

Allan (Charles E.). — *The law relating to goodwill*, London, 1889.

Aubry et Rau. — *Cours de Droit Civil Français.*

Bayart (Pierre). — *Etude de la notion du fonds de commerce*, Thése, Paris, 1906.

Barbier. — *De la dation en nantissement des fonds de commerce.*

Batard. — *Le nantissement des fonds de commerce*, Thèse, Rennes, 1910.

Baudry-Lacantinerie (G.) — *Précis de droit civil.*

Baudry-Lacantinerie (G.) et P. de Loynes. — *Traité théorique et pratique de droit civil. — Du Nantissement, des Privilèges et Hypothèques et de l'Expropriation forcée.*

Bernus (M.-A.). — *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, Lyon, 1909.

Boutaud et Chabrol. — *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, 1910.

Bouvier-Bangillon (A.). — *Loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, Lois nouvelles*, 1909. *De l'apport en société d'un fonds de commerce, Annales de Droit commercial*, 1909.

Catalan (P.). — *Condition juridique des fonds de commerce*, Thèse, Montpellier, 1899.

Chambon (André). — *Le privilège du vendeur de fonds de commerce d'après la loi du 17 mars 1909*, Thèse, Paris, 1910.

Champromis (Félix). — *De la réalisation du gage en matière commerciale et de la réalisation du fonds de commerce d'après la loi du 17 mars 1909*, Thèse, Lyon, 1909.

Coin-Delisle. — *Etude sur l'immobilisation des meubles corporels*, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 1858, t. xii.

Cornulier-Lucinière. — *Le nantissement des fonds de commerce* Thèse, Nancy, 1910.

Dalloz. — *Jurisprudence générale*, 1909, Lois et décrets. *Notes :* 1852, 2, 219 ; 1905, 2, 422.

Defrénois (Ch.). — *De la vente et du nantissement des fonds de commerce.*

Demolombe. — *Cours de Code civil.*

Dreyfous (J.) et Legrand. — *Les fonds de commerce, commentaire pratique des lois des 17 mars et 1er avril 1909.*

Edouard (P.). — *Manuel pratique de la vente et du nantissement des fonds de commerce.*

Esmein (A.). — *Cours élémentaire d'Histoire du droit français.*

Fialon (Louis). — *Du Nantissement de fonds de commerce*, Thèse, Bordeaux, 1909.

Gallard (Georges). — *L'Hypothèque mobilière sur les fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1902.

Garsonnet et Cézar-Bru. — *Traité théorique et pratique de procédure.*

Garsonnet et Josserand. — *Traité élémentaire des voies d'exécution.*

Gaudemet (Eug.). — *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898.

Gény. — *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique, en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé*, Paris, 1899.

Gombeaux (Ed.). — *La notion juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901.

Goldschmidt (L.). — *Universal Geschichte des Handelsrechts.*

Hartmann (Georges). — *Introduction historique au Traité des fonds de commerce de Lèbre.*

Huc (Théophile). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*

Lacour (Léon). — *Précis de Droit commercial*, Paris, 1912.

Lascazes (Louis). — *Des garanties du prix de la vente d'un fonds de commerce*, 1912.

Lèbre (Gaston). — *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Paris, 1887.

Lesur (R.). — *Du nantissement des fonds de commerce.*

Loynes (P. de). — *Préface au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie et P. de Loynes (du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée).*

Lyon-Caen et Renault. — *Traité et Manuel de Droit commercial*, 1910.

Magnier et Pruvost. — *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce.*

Magnin (P.). — *Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1er mars 1898, Annales de Droit commercial, 1900.*

Maréchal (C.). — *La loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce,*

Montier (F.). — *Des nantissements des fonds de commerce.*

Montier (F.) et (G.-H.) Faucon. — *De la vente et du nantissement des fonds de commerce. Commentaire théorique et pratique de la loi du 17 mars 1909.*

Morel (René-Lucien). — *Des droits des créanciers chirographaires en cas d'aliénation d'un fonds de commerce* (Loi du 17 Mars 1909), *Annales de droit commercial*, 1912.

Mouneydier (E.). — *Vente et nantissement des fonds de commerce*, Paris, 1909.

Percerou (J.). — *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, (*Traité général théorique et pratique de droit commercial*, par Edmond Thaller).
Notes au Dalloz : 1909, 2, 153 ; 1911. 2. 313.
Planiol (Marcel). — *Traité élémentaire de Droit civil.*
Renouard (A. C.). — *Traité des brevets d'invention.*
Révillout (Eugène). — *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, Paris, 1897.
Ribodeau-Dumas. — *Nouveau régime des ventes et des nantissements de fonds de commerce.*
Robert (Charles). — *Note au Dalloz :* 1901, 2, 97.
Smith (J. W.). — *A Compendium of mercantile law*, London, 1890.
Thaller (E.). — *De la place du commerce dans l'Histoire générale*, *Annales de droit commercial*, 1892.
Traité élémentaire de Droit Commercial, 1910.
Thibault (Em.). — *De la vente et du nantissement des fonds de commerce, Commentaire théorique et pratique des lois du 17 mars et du 1er Avril 1909.*
Valéry (Jules). — *Maison de commerce et fonds de commerce*, *Annales de droit commercial*, 1902.
Vautrin (Henri). — *Le crédit et les Nantissements sur fonds de commerce, Examen critique de la loi du 1er mars 1898*, Thèse, Paris, 1907.
Vermond (Ed.). — *Manuel de droit Maritime*, 1911.
Vivante (Cesare). — *Traité de droit commercial*, traduction Jean Escarra (Tome III).
Wahl (Albert). — *Notes au Sirey* : 1897. 2.89 ; 1901. 2.153 ; 1904. 2.1 ; 1904. 2.226.

TABLE

INTRODUCTION — Pages

CHAPITRE Ier. — Qu'est-ce qu'un fonds de commerce ? . . . 1

CHAPITRE II. — Le Fonds de Commerce et les créanciers de son propriétaire. Intérêt d'un classement rationnel 48

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE UNIQUE. — Des créanciers privilégiés. 56

DEUXIÈME PARTIE

DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

CHAPITRE Ier. — Des Hypothèques mobilières 76

SECTION I. — Du créancier nanti 79
Situation du créancier nanti avant la loi du 1er Mars 1898 79
De la loi du 1er Mars 1898 à la loi du 17 Mars 1909 91
Après la loi du 17 Mars 1909. 113
Classement 129

SECTION II. — Du vendeur du fonds 135
Situation du vendeur du fonds avant la loi du 17 Mars 1909. 136
Après la loi du 17 Mars 1909. 147
Classement 165

CHAPITRE II. — Des Hypothèques immobilières sur le matériel immobilisé par destination . . 167

CHAPITRE III. — Conflit des hypothèques mobilières et immobilières sur le matériel immobilisé par destination 177

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE. — Des créanciers chirographaires. . . . 192

APPENDICE

Faillite. — Arrêt des Inscriptions. 227

CONCLUSIONS 232

BIBLIOGRAPHIE 239

Imprimerie FERRAN Jeune - Marseille